
Die erbrechtliche Auflage

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Beatrice Uffer-Tobler

von Savognin GR

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Peter Weimar

1982



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die erbrechtliche Auflage

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Beatrice Uffer-Tobler

von Savognin GR

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Peter Weimar

1982



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. E. Stark

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 477 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt von Prof. Dr. Theo Guhl und Prof. Dr. Hans Merz,
herausgegeben von Dr. Heinz Hausheer, Professor der Rechte an der Universität Bern.



©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1982
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG,
Graphisches Unternehmen, Bern
Printed in Switzerland

Meinen Eltern und Marc
in Dankbarkeit

Mein herzlicher Dank geht an alle Professoren, Praktiker
und Kollegen, die mit Anregungen, Korrektur- und Schreib-
arbeit zur Fertigstellung dieser Arbeit beigetragen haben.

INHALTSUEBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVI
1. ABSCHNITT: EINLEITUNG	1
§ 1 Anwendungsbereich der Auflage im allgemeinen	1
§ 2 Praktische Bedeutung der Auflage im Erbrecht	9
2. ABSCHNITT: BEGRIFF DER AUFLAGE	17
§ 3 Der in der Lehre und Praxis gebräuchliche Begriff	17
§ 4 Die einzelnen Begriffselemente	18
3. ABSCHNITT: ABGRENZUNG VON VERWANDTEN RECHTSINSTITUTEN	32
§ 5 Abgrenzung von der Bedingung	32
§ 6 Abgrenzung vom Vermächtnis	39
§ 7 Abgrenzung von der Stiftung	50
§ 8 Abgrenzung vom Rat oder Wunsch	57
4. ABSCHNITT: GEGENSTAND DER AUFLAGE	59
§ 9 Zulässiger Auflageninhalt	59
§ 10 Teilungsverbot und Teilungsvorschrift als Auflagen ?	66
5. ABSCHNITT: DIE VOLLZIEHUNG DER AUFLAGE	71
§ 11 Rechtsnatur von Vollziehungsanspruch und Voll- ziehungsklage	71
§ 12 Die anspruchsberechtigten Personen	77
§ 13 Der Gerichtsstand	89
6. ABSCHNITT: FAELLIGKEIT, VERJAEHRUNG UND DAUER DER AUFLAGEVERPFLICHTUNG	93
§ 14 Die Fälligkeit	93
§ 15 Die Verjährung	96
§ 16 Zulässige Dauer der Auflageverpflichtung	99

7. ABSCHNITT: WIDERRECHTLICHE, UNSITTICHE, UNSINNIGE, LAESTIGE UND UNMOEGLICHE AUFLAGEN	104
§ 17 Widerrechtliche und unsittliche Auflagen	104
§ 18 Unsinnige und lästige Auflagen	123
§ 19 Unmögliche Auflagen	126
8. ABSCHNITT: DIE SCHULDHAFTE NICHTERFUELLUNG VON AUFLAGEN	130
§ 20 Problemstellung	130
§ 21 Lösung bei der Schenkung	131
§ 22 Lösungen im Ausland	135
§ 23 Die schuldhafte Nichterfüllung nach geltendem schweizerischem Recht	143
9. ABSCHNITT: BEHANDLUNG DER AUFLAGE UNTER BESONDEREN UMSTAENDEN	151
§ 24 Wegfall des Beschwerten	151
§ 25 Herabsetzung von Auflagen	156
10. ABSCHNITT: ZWANGSVOLLSTRECKUNG	164
§ 26 Vollstreckung nach kantonalem oder eidgenössischem Recht	164
§ 27 Besonderheiten bei der Vollstreckung nach SchKG	164
§ 28 Vollstreckung nach zürcherischem Recht	168

INHALTSVERZEICHNIS

1. ABSCHNITT: EINLEITUNG	1
§ 1 Anwendungsbereich der Auflage im allgemeinen	1
A. Im öffentlichen Recht	1
B. Im Privatrecht	2
a. Die Auflage im Zusammenhang mit unentgeltlichen Zuwendungen	2
b. Die einzelnen Anwendungsbereiche der Auflage im Privatrecht	4
I. Die Auflage im Schenkungsrecht	4
II. Die Auflage im Stiftungsrecht	7
III. Die Auflage im Erbrecht	8
§ 2 Praktische Bedeutung der Auflage im Erbrecht	9
A. Allgemeines	9
B. Auflagen im Interesse des Erblassers	10
C. Auflagen im Interesse Dritter	13
a. Begünstigter vom Erblasser klar bezeichnet	13
b. Begünstigte nur allgemein bestimmt	14
D. Auflagen im Interesse des Beschwerten	15
E. Ergebnisse	16
2. ABSCHNITT: BEGRIFF DER AUFLAGE	17
§ 3 Der in der Lehre und Praxis gebräuchliche Begriff	17
§ 4 Die einzelnen Begriffselemente	18
A. Die Auflage als Verfügung von Todes wegen	18
B. Gesetzlicher oder eingesetzter Erbe oder Ver- mächtnisnehmer als Auflagebeschwerte	20
C. Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen zu einem bestimmten Zweck	22
D. Anspruch der interessierten Personen auf Voll- ziehung	23

E. Fehlen eines Forderungsrechts des Begünstigten ?	25
a. Der Auflagebegünstigte	25
b. Forderungsrecht des Auflagebegünstigten ?	28
I. Zum Forderungsbegriff	29
II. Anwendung auf das Recht des Auflage- begünstigten	30
3. ABSCHNITT: ABGRENZUNG VON VERWANDTEN RECHTSINSTITUTEN	32
§ 5 Abgrenzung von der Bedingung	32
A. Die Bedingung	32
B. Abgrenzungskriterien	33
a. Erzwingbarkeit	33
b. Bedingung als Nebenbestimmung	35
C. Verbindung von Auflagen und Bedingungen	36
D. Unpräzise Ausdrucksweise in der Verfügung von Todes wegen	37
§ 6 Abgrenzung vom Vermächtnis	39
A. Abgrenzungskriterien	40
a. Bezeichnung eines Begünstigten	41
b. Vermögensvorteil	44
B. Konversion eines ungültigen Vermächtnisses in eine Auflage	47
§ 7 Abgrenzung von der Stiftung	50
A. Erscheinungsformen der Stiftung im Zusammenhang dem Erbrecht	50
B. Abgrenzung zwischen einer Zuwendung unter Auf- lage und einer selbständigen Stiftung	52
a. Zuwendung unter Auflage	52
b. Selbständige Stiftung	55
§ 8 Abgrenzung vom Rat oder Wunsch	57

4. ABSCHNITT: GEGENSTAND DER AUFLAGE	59
§ 9 Zulässiger Auflageninhalt	59
A. Der nach Lehre und Rechtsprechung zulässige Auflageninhalt	59
B. Analoge Anwendung von ZGB Art. 484 Abs.3	64
§ 10 Teilungsverbot und Teilungsvorschrift als Auflagen ?	66
A. Das Teilungsverbot	66
B. Die Teilungsvorschrift	68
5. ABSCHNITT: DIE VOLLZIEHUNG DER AUFLAGE	71
§ 11 Rechtsnatur von Vollziehungsanspruch und Vollziehungsklage	71
A. Der Vollziehungsanspruch	71
B. Die Vollziehungsklage	74
a. Vollziehungsklage als Leistungsklage	74
b. Solidarität auf Beklagtenseite	75
§ 12 Die anspruchsberechtigten Personen	77
A. Ueberblick über die verschiedenen Lösungen	77
B. Lösung des ZGB	78
a. Die an einer Klage Interessierten	78
b. Stellung des Willensvollstreckers	82
I. Auflageerfüllung gegen den übereinstimmenden Willen der Erben ?	83
II. Ueberwachungs- und Durchsetzungspflicht bei Auflagen, die einen Dauerzustand schaffen wollen	85
c. Stellung des Erbschaftsverwalters	87
§ 13 Der Gerichtsstand	89

6. ABSCHNITT: FAELLIGKEIT, VERJAEHRUNG UND DAUER DER AUFLAGEVERPFLICHTUNG	93
§ 14 Die Fälligkeit	93
§ 15 Die Verjährung	96
§ 16 Zulässige Dauer der Auflageverpflichtung	99
7. ABSCHNITT: WIDERRECHTLICHE, UNSITTliche, UNSINNIGE, LAESTIGE UND UNMOEGLICHE AUFLAGEN	104
§ 17 Widerrechtliche und unsittliche Auflagen	104
A. Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit	104
a. Widerrechtlichkeit	104
b. Sittenwidrigkeit	105
B. Ungültigkeit als Folge	110
a. Bedeutung der gesetzlichen Regelung	110
I. Begriff der Ungültigkeit	110
II. Rechtsnatur der Ungültigkeitsklage	112
III. Aktivlegitimation	114
IV. Passivlegitimation	114
V. Dahinfallen der Verfügung	115
b. Auswege de lege lata	118
c. Wünschenswerte Lösung de lege ferenda	121
§ 18 Unsinnige und lästige Auflagen	123
A. Entstehung und Bedeutung von ZGB Art. 482 Abs.3	123
B. Unsinnige und lästige Auflagen	123
C. Nichtigkeit als Folge	125
§ 19 Unmögliche Auflagen	126
A. Unmöglichkeit	126
B. Fehlende gesetzliche Regelung	127
C. Lösungsvorschläge	127

8. ABSCHNITT: DIE SCHULDHAFTE NICHTERFUELLUNG VON AUFLAGEN	130
§ 20 Problemstellung	130
§ 21 Lösung bei der Schenkung	131
§ 22 Lösungen im Ausland	135
A. Allgemeines	135
B. Deutschland	136
C. Italien	137
D. Oesterreich	138
E. Frankreich	139
F. Zusammenfassende Beurteilung der verschiedenen Lösungen	141
§ 23 Die schuldhaftes Nichterfüllung nach geltendem schweizerischem Recht	143
A. Schadenersatz wegen verschuldeter Nichter- füllung einer Auflage	143
B. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	146
C. Schlussbemerkungen	149
9. ABSCHNITT: BEHANDLUNG DER AUFLAGE UNTER BESONDEREN UMSTAENDEN	151
§ 24 Wegfall des Beschwerten	151
A. Wegfallsgründe	151
B. Folgen für die Auflage	152
a. Analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs.2	152
b. Einschränkungen	154
§ 25 Herabsetzung von Auflagen	156
A. Verschiedene Fälle von übermässiger Belastung durch Auflagen	156
B. Behandlung übermässiger Auflagen	157
a. Allgemeines	157
b. Auflagen, die den Pflichtteil verletzen	158

I. Zulässigkeit der Herabsetzung	158
II. Sonderfälle	160
c. Auflagen, die den Wert der Zuwendung übersteigen	161
10. ABSCHNITT: ZWANGSVOLLSTRECKUNG	164
§ 26 Vollstreckung nach kantonalem oder eidgenössischem Recht	164
§ 27 Besonderheiten bei der Vollstreckung nach SchKG	164
§ 28 Vollstreckung nach zürcherischem Recht	168

LITERATURVERZEICHNIS

- AUBRY C./ RAU C.F./ ESMEIN P.; Droit civil français, t.11ème,
6ème éd., Paris 1956.
- BECK A., Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2.A., Bern 1976.
- BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.VI/1,
Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2.A., Bern 1941.
- BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.VI/2,
Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern
1934.
- BEKKER E.I., System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886-
1889.
- BOECKING E., Pandekten des römischen Privatrechts oder Instituti-
onen des gemeinen deutschen Civilrechts, 1.Bd., Bonn 1853.
- BRENNI B., L'onere successorio nel diritto civile svizzero, Diss.
Bern 1941.
- BROX H., Erbrecht, 7.A., Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
- BUCHER E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne
Deliktsrecht, Zürich 1979.
- BURCKHARDT W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom
29.Mai 1874, 3.A., Bern 1931.
- V.BUEREN B., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,
Art.184-551, Zürich 1972.
- CAVIN P., Kauf, Tausch und Schenkung, in Schweizerisches Privat-
recht Bd.VII/1, Basel und Stuttgart 1977.
- COING H., Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2.A., Berlin 1969.
- CORPUS IURIS CIVILIS, s. unter Krüger/Mommsen.
- DERNBURG H., System des Römischen Rechts, der Pandekten 8.A., 1.
Teil, bearbeitet von P.Sokolowski, Berlin 1911.(zitiert
Dernburg I).

- DERNBURG H., Pandekten, Bd.III, 7.A., unter Mitwirkung von J.Biermann, Berlin 1903 (zitiert Dernburg III).
- DESCHENAUX H., Le procès du raisonnement dans l'interprétation et le complètement de la loi, in Festschrift Guldener, Zürich 1973.
- EGGER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.I, Einleitung und Personenrecht, 2.A., Zürich 1930.
- EHRENZWEIG A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.1/1, 2.A., Wien 1951 (zitiert Ehrenzweig I).
- EHRENZWEIG A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.2/2, 2.A., Wien 1937 (zitiert Ehrenzweig II).
- ENNECCERUS L./ LEHMANN H., Recht der Schuldverhältnisse, 15.A., Tübingen 1958.
- ERMAN W./ HENSE F., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Bd., 6.A., Münster 1976.
- ESCHER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.III/1, Erbrecht, Die Erben, 3.A., Zürich 1959.
- ESCHER A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.III/2, Erbrecht, Der Erbgang, 3.A., Zürich 1960.
- FAHRLAENDER K., Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Diss. Bern 1948.
- FELBER R., Aufgeschobene und partielle Erbteilung nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1939.
- FLEINER-GERSTER TH., Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2.A., Zürich 1980.
- FRIEDRICH H.P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.I/1, Einleitung, Bern 1966.
- FRITZSCHE H., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd.1, 2.A., Zürich 1967, Nachdruck 1975.

- GAUCH P./ SCHLUEP W./ JAEGGI P., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd.I und II, 2.A., Zürich 1981.
- GLUECK CH.F., Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd.VI/1, Erlangen 1796.
- GRISEL A., Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- GUHL T./ MERZ H./ KUMMER M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7.A., Zürich 1980.
- GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979.
- HASENBOEHLER F., Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, in BJM 1980, 1 ff.
- HAUBENSAK U., Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1975.
- HERZER B., Erbrechtliche Auflagen und Bedingungen nach 482 ZGB, Diss. Zürich 1941.
- HIRTZ A., Das Vermächtnis im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1937.
- HUBER E., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vor-entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1.Bd., 2.A., Bern 1914 (zitiert Erl. zum VE).
- HUBER E., Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, vervielfältigt Bern 1911 (zitiert E.Huber, 10 Vorträge).
- IMBODEN M./ RHINOW R., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5.A., Basel und Stuttgart 1976.
- JAEGGER C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd.1, 3.A., Zürich 1911.
- JOHANNSEN K.H./ KREGEL W., Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Bd.V, 12.A., Berlin, New York 1975 (zitiert BGB-RGRK).

- KASER M., Das römische Privatrecht, 1.Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2.A., München 1971 (zitiert Kaser I).
- KASER M., Das römische Privatrecht, 2.Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, 2.A., München 1975 (zitiert Kaser II).
- VON KELLER F.L., Pandekten, Vorlesungen von F.L. von Keller, 1.Bd., 2.A., herausgegeben von W.Lewis, Leipzig 1866.
- KIPP TH./ COING H., Erbrecht, 13.A., Tübingen 1978.
- KLANG H./ GSCHNITZER F., Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, III.Bd., 2.A., Wien 1952.
- KRAMER E.A., Analogie und Willkürverbot, in Beiträge zur Methode des Rechts, Bern und Stuttgart 1981.
- KRAYENBUEHL J., Etude sur le legs, Thèse Lausanne 1916.
- KRUEGER P./ MOMMSEN TH., Corpus iuris civilis, Berolini 1915-1920.
- KUMMER M., Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3.A., Bern 1978.
- LANGE H./ KUCHINKE K., Lehrbuch des Erbrechts, 2.A., München 1978.
- MEIER-HAYOZ A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I/1, Einleitung, Bern 1966.
- MITTEIS L., Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1.Bd., Leipzig 1908.
- MOSER E., Kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine letztwillige Zuwendung erhalten soll, einem andern überlassen ?, in SJZ 12,S.241 ff.
- MUEHLENBRUCH C.F., Lehrbuch des Pandecten-Rechts, nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet, 1.Teil, 4.A., Halle 1844.
- MUELLER F., Die erbrechtliche Auflage beim Testament, Diss. Freiburg 1981.

- MUELLER-HELLBACH W., Die Verjährung der erbrechtlichen Klagen, Diss. Zürich 1975 (zitiert Müller-Hellbach).
- NABHOLZ P., Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Diss. Zürich 1958.
- NATER U., Die Erbengemeinschaft im Zivilprozess (unter besonderer Berücksichtigung der neuen zürcherischen ZPO), Diss. Zürich 1978.
- OSER H./ SCHOENENBERGER W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/1, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A., Zürich 1929.
- OSER H./ SCHOENENBERGER W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/2, Das Obligationenrecht, Art. 184-418, 2.A., Zürich 1936.
- PANCHAUD A./ CAPREZ M., Die Rechtsöffnung, La mainlevée d'opposition, Zürich 1980.
- PERNICE A., Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Bd.3, Teil E, Halle 1892, Neudruck 1963.
- PICENONI V., Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955.
- PIOTET P., Erbrecht, Erster Halbband, in Schweizerisches Privatrecht Bd.IV/1, Basel und Stuttgart 1978.
- PIOTET P., Erbrecht, Zweiter Halbband, in Schweizerisches Privatrecht Bd.IV/2, Basel und Stuttgart 1981 (zitiert Piotet II).
- PIOTET P., Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort, in JdT 1969, 162 ff. (zitiert Piotet JdT).
- PLANIOL M./ RIPERT G./ BOULANGER J., Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, t. IV, Paris 1959.
- RASCHEIN R., Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1954.
- REICHLIN P., Grundzüge der Testamentsauslegung, Diss. Freiburg 1926.

RGRK, s. unter Johannsen/Kregel.

RIEMER H.M., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.I/3, Die Stiftungen, 3.A., Bern 1975.

ROSSEL V./ MENTHA F.H., Manuel du droit civil Suisse, t.2ème, 2ème éd., Lausanne/Genève 1922.

SAVIGNY F.C., System des heutigen römischen Rechts, Bd.III, Berlin 1840.

SCHOCH A., Art.59 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29.Mai 1874 betreffend den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnorts, Diss. Zürich 1882.

SCHOENENBERGER W./ JAEGGI P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V/1a, Obligationenrecht, Art. 1-17, 3.A., Zürich 1973.

SCHREIBER A., Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Aarau 1928.

SEEGER H., Die Rechtsstellung des Willensvollstreckers nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bern 1927.

SPIRO K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975.

STAUDINGER J./ OTTE G., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Bd.V, 12.A., Berlin 1980.

STAUDINGER J./ SEYBOLD K., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, Bd.V, 11.A., Berlin 1954.

STIFEL F.I., Die privatrechtliche Auflage insbesondere nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1933.

STRAEULI H./ MESSMER G., Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.

- THALBERG J., Ist nach schweizerischem Recht ein Vermächtnis zulässig in dem Sinne, dass das Vermächtniskapital oder der Ertrag des Vermächtnisses während einer bestimmten Zeit oder dauernd dem Zugriff der Gläubiger des Vermächtnisnehmers entzogen bleibt ?, in ZBJV 83,501 ff.
- THIBAUT A.F.J., System des Pandektenrechts, 1.Bd., 8.A., Jena 1834.
- THOMMEN W., Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1954.
- TRABUCCHI A., Istituzioni di diritto civile, 20a ed., Padova 1980.
- VON TUHR A., Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1.Bd., Berlin 1957.
- VON TUHR A./ ESCHER A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2.Bd., 3.A., Zürich 1974.
- VON TUHR A./ PETER H., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1.Bd., 3.A., Zürich 1979.
- TUOR P., Verfügungen von Todes wegen, Bedingungen und Auflagen, in Schweizerische Juristische Kartothek Nr. 851, 1945.
- TUOR P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.III/1, Das Erbrecht, Die Erben, 2.A., Bern 1952.
- TUOR P./ PICENONI V., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.III/2, Das Erbrecht, Der Erbgang, 2.A., Bern 1964.
- WALDER H.U., Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch, 2.A., Zürich 1979.
- WALDER H.U./ VON SALIS P., SchKG, Schuldbetreibung und Konkurs, 10.A., (vorher Jaeger/Daeniker), Zürich 1979.
- WOLFF K., Grundriss des österreichischen Bürgerlichen Rechts, 4.A., Wien 1948.

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich (vom 1.6.1811, mit seitherigen Aenderungen)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
allg.	allgemein(e)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (vom 18.8.1896, mit seitherigen Aenderungen)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
Bsp.	Beispiel(e)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 29.5.1874, mit seitherigen Aenderungen)
bzw.	beziehungsweise
C	Codex Iustinianus
CC fr.	Code civil français (vom 21.3.1804, mit seitherigen Aenderungen)
CC it.	Codice civile italiano (vom 16.3.1942, mit seitherigen Aenderungen)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D	Digesten
ed.	édition, edizione

Erl.	Erläuterungen
Erw.	Erwägung(en)
etc.	et cetera
ev.	eventuell
ExpK	Expertenkommission
f.	folgende (Seite, Note)
ff.	folgende (Seiten, Noten)
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engern Sinn
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S	im weitern Sinn
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N	Note(n)
Nr.	Nummer
OR	BG über das Obligationenrecht (vom 30.3.1911/ 18.12.1936, mit seitherigen Aenderungen)
Pr.	Die Praxis des Bundesgerichts, Basel
Prot.	Protokoll
S.	Seite
s.	siehe
SchKG	BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11.4.1889, mit seitherigen Aenderungen)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, Genève
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull NR	Amtliches stenographisches Bulletin des Nationalrates
StenBull StR	Amtliches stenographisches Bulletin des Ständerates

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21.12.1937, mit seitherigen Aenderungen)
t.	tome
u.	und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf (zum ZGB)
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Bern
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde- verwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10.12.1907, mit seitherigen Aenderungen)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

1. ABSCHNITT: EINLEITUNG

§ 1 Anwendungsbereich der Auflage im allgemeinen

Die Auflage ist ein Rechtsinstitut, das in der Rechtsordnung sowohl im öffentlichen als auch im Privatrecht vorkommt.

A. Im öffentlichen Recht

Im Bereich des öffentlichen Rechts trifft man die Auflage als Nebenbestimmung von Verwaltungsakten an ¹. Sie erscheint hier insofern als geeignetes Mittel, als die Behörde, statt eine negative Verfügung zu erlassen, eine positive Verfügung mit bestimmten Auflagen versehen kann ². In einem solchen Fall wird zwar eine Bewilligung definitiv erteilt ³, aber der Adressat kann mit Zwangsmitteln dazu angehalten werden, die damit verbundene Auflage zu erfüllen. So erlaubt z.B. die Polizei ein Fest auf einem öffentlichen Platz, verbindet diese Erlaubnis aber mit der Auflage an die Organisatoren, den Platz gereinigt zu hinterlassen. Oder eine Baubewilligung wird erteilt unter der Auflage, die Schneeräumung auf der Zufahrtstrasse müsse vom Hausbesitzer selbst besorgt werden.

Solche Auflagen im öffentlichen Recht sind einfacher durchzusetzen als im Privatrecht und speziell im Erbrecht. Die Behörde, welche eine Bewilligung unter Auflage erteilt hat, steht dem Privaten als Hoheitsträger nicht auf gleicher Ebene gegenüber und hat die Mittel

1 Vgl. Grisel, S. 197 f.; Fleiner-Gerster, S. 22/78 ff.

2 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 39, S. 232 ff.

3 Vgl. ZBl 69, 309.

des Verwaltungszwangs⁴ in der Hand, um einzugreifen, wenn eine Auflage nicht erfüllt wird.

Der Zulassung von Auflagen sind Grenzen gesetzt durch die Prinzipien der gesetzmässigen Verwaltung und der Verhältnismässigkeit⁵.

B. Im Privatrecht

a. Die Auflage im Zusammenhang mit unentgeltlichen Zuwendungen

Im Privatrecht findet man das Institut der Auflage im Zusammenhang mit Schenkungen (OR Art. 245 Abs. 1, 246 und 249 Ziff. 3), Stiftungen (ZGB Art. 86 Abs. 2) und Verfügungen von Todes wegen (ZGB Art. 482); also bei allen unentgeltlichen Zuwendungen.

Es stellt sich die Frage, ob Auflagen ihrer Natur nach nur in Verbindung mit einer unentgeltlichen Zuwendung vorkommen können oder ob dies eine Eigenart der schweizerischen Privatrechtsordnung sei.

Diese Frage wurde schon früher gestellt und nicht einheitlich beantwortet. Im römischen Recht war das Institut bekannt als eine einer Zuwendung beigefügte Verhaltensbestimmung; in der klassischen Zeit hatte sich jedoch noch kein gefestigter Begriff herausgebildet⁶.

4 Dies sind: Busse, Ersatzvornahme und physische Gewalt, u.U. auch Widerruf (in Ausnahmefällen, vgl. ZBl 69, 310). Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 49, S. 296 ff. und Nr. 43 B I e, S. 263.

5 Vgl. Grisel, S. 198; Imboden/Rhinow, Nr. 39 B III, S. 233 f.

6 Vgl. Pernice, S. 12; Kaser I, S. 259.

Bei Justinian wurde dafür die Bezeichnung "modus" eingeführt ⁷. Der Anwendungsbereich war auf unentgeltliche Zuwendungen beschränkt; nämlich auf Schenkungen, Freilassungen und letztwillige Verfügungen ⁸.

Im späten gemeinen Recht war es umstritten, ob die Auflage auch bei entgeltlichen Geschäften vorkommen könne oder nicht. So wollten die einen den Anwendungsbereich auf die onerösen Geschäfte ausdehnen ⁹, andere sahen Auflagen nur in Verbindung mit unentgeltlichen Zuwendungen oder befürworteten gar eine Beschränkung auf Schenkungen und letztwillige Verfügungen ¹⁰.

Heute ist in den umliegenden Ländern überall nur im Zusammenhang mit unentgeltlichen Zuwendungen von Auflagen die Rede ¹¹. Dies

-
- 7 So z.B. in den Titeln zu D. 35, 1: De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; C. 6, 45: De his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur; C. 8, 54: De donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur. Vgl. auch Pernice, S. 11 und 32; Kaser II, S. 98.
- 8 Vgl. Mitteis, S. 194 f.; Pernice, S. 32 i.V.m. 79; Stifel, S. 40.
- 9 So z.B. Glück, S. 461, der eine einem Kaufvertrag beigelegte Klausel ohne weiteres als "modus" qualifizierte und daraus den Beweis ableitete, dass Auflagen auch bei onerösen Geschäften vorkommen können. Vgl. auch Thibaut, S. 87; Mühlenbruch, S. 229, der aber beifügt, dass Auflagen in Verbindung mit Liberalitätshandlungen ihrer Natur nach häufiger seien als bei onerösen Geschäften.
- 10 So z.B. Bekker, S. 358/359, insbesondere Anm. d und e; Dernburg I, S. 204: "er (der modus) ist aber bei einseitigen Zuwendungen jeder Art zulässig"; v. Keller, S. 130; Savigny, S. 227; Böcking, S. 402 ff., mit weiteren Einschränkungen in Anm. 10, S. 402, dass eine Erbeinsetzung nie mit einem "modus" verbunden sein könne.
- 11 - BGB vgl. v.a. §§ 525 ff. und 1940, 2192 ff.
- ABGB § 709 ff., wo der Ausdruck "Auftrag" vom Gesetz verwendet wird; vgl. Ehrenzweig I, S. 252; Klang/Gschnitzer, S. 689; aber Wolff, S. 99, der dafür plädiert, dass Auflagen nicht nur bei unentgeltlichen Zuwendungen Anwendung finden.
- CC it. Art. 647/648 und 793/794; vgl. Trabucchi, S. 187.
- CC fr. Art. 953 f. und 1046, wo zwar von "condition" die Rede ist, aber nur "charge" gemeint sein kann; vgl. Planio/Ripert, N 3694 a.E.

scheint mir dem Wesen der Auflage zu entsprechen. Denn es ist charakteristisch für dieses Institut, gerade dort einen Erfüllungszwang zu gewähren, wo keine andere Möglichkeit einer rechtlichen Verpflichtung gegeben wäre¹². Wenn nun in einem zweiseitigen Vertrag eine Nebenabrede, die inhaltlich wie eine Auflage aussehen kann¹³, getroffen wird, so ist dies ein Teil der vertraglichen Verpflichtung. Diese kann denn auch mit Mitteln des Vertragsrechts durchgesetzt werden. Somit ist die inhaltlich gleiche Abrede, die bei unentgeltlichen Zuwendungen nur in Form einer Auflage erzwungen werden kann, bei zweiseitigen Verträgen als Teil der vertraglichen Verpflichtung durchsetzbar. Solchen "Auflagen" im weiteren Sinn, die Vertragsklauseln sind, fehlt ein Charakteristikum der Auflage im engeren Sinn; nämlich die Möglichkeit der rechtlichen Verpflichtung dort zu schaffen, wo sie sonst nicht gegeben wäre. Der Begriff der Auflage wird heute zu Recht von einer Mehrheit der Lehre in diesem Sinne eingeengt und nur im Rahmen von unentgeltlichen Verfügungen gebraucht¹⁴.

b. Die einzelnen Anwendungsbereiche der Auflage im Privatrecht

I. Die Auflage im Schenkungsrecht

Bei der Schenkung handelt es sich um eine unentgeltliche Zuwendung; im Gesetz umschrieben als "Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung

12 Die Auflage soll nach Ehrenzweig I, S. 252 "Reste zusammenfassen, Verbindlichkeiten, die anderwärts nicht unterzubringen sind".

13 Z.B. in einem Kaufvertrag über eine Liegenschaft verpflichtet sich der Käufer, den derzeitigen Mieter im Haus zu behalten.

14 So auch Stifel, S. 44; a.M. Herzer, S. 42/43, der seine Ansicht unter anderem auf eine Stelle im Kommentar Oser/Schönenberger (N 3 zu Art. 245) stützt, welche jedoch klar sagt, dass eine Auflage mit einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung verbunden sei.

bereichert" ¹⁵. Es liegt demnach ein Fall vor, in dem eine Verpflichtung des Beschenkten nicht als gewöhnliche Vertragsabrede vereinbart werden kann, da dieser keine Leistung schuldet. Deshalb bleibt Platz für Auflagen, um dem Beschenkten ein bestimmtes Verhalten abzufordern.

Allerdings bereitet die Abgrenzung zwischen einer Auflage bei der Schenkung und einer Gegenleistung bei einem zweiseitigen Vertrag Schwierigkeiten. Kann man noch von einer unentgeltlichen Zuwendung bzw. von einer reinen Schenkung sprechen, wenn der auflagebeschwerten Partei aus dem Vertrag überhaupt kein wirtschaftlicher Vorteil mehr bleibt? Aus OR Art. 246 Abs. 3 ergibt sich, dass der Gesetzgeber dies jedenfalls nicht ausschliessen wollte, da nach jener Bestimmung der Beschenkte die Auflagevollziehung nur insoweit verweigern darf, als sie nicht gedeckt ist durch die Zuwendung ¹⁶. Ob es sich nun um eine Auflage oder um eine Gegenleistung handelt, hängt nicht vorwiegend von der Höhe der Auflageverpflichtung ab, sondern muss nach dem Willen der Parteien beurteilt werden ¹⁷. So wird man sich dort gegen die Schenkung unter Auflage entscheiden, wo der Schenker etwas zu eigenem Nutzen verlangt, das ausgleichenden Charakter hat. Liegt ihm jedoch lediglich daran, mit der Schenkung einen bestimmten Zweck zu verfolgen, der vielleicht nicht der Gegenpartei, aber einem Dritten einen Nutzen bringt, so liegt die Annahme

15 OR 239 Abs. 1.

16 Vgl. Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 245; anderer Meinung aber Becker, N 3 zu Art. 246: Es "muss die Belastung geringer sein als der Wert der Zuwendung an den Beschenkten, weil es sonst am Erfordernis der Bereicherung des Beschenkten fehlen würde".

17 Vgl. v.Büren, S. 279; Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 245.

einer Schenkung unter Auflage nahe ¹⁸. Somit ist bei dieser Unterscheidung weniger darauf abzustellen, ob der "Beschenkte" selbst, also die andere Vertragspartei, einen Vorteil hat, als vielmehr darauf, ob ein Entgelt für die erbrachte Leistung vereinbart wird ¹⁹.

OR Art. 245 hält fest, dass mit Schenkungen Auflagen und Bedingungen verbunden werden können. Die Möglichkeiten des Schenkers, auf die Nichterfüllung einer Auflage zu reagieren, sind in OR Art. 246 Abs. 1 und 249 Ziff. 3 festgehalten. Danach kann der Schenker die Erfüllung der Auflage verlangen ²⁰ oder bei ungerechtfertigter Nichterfüllung die Schenkung widerrufen ²¹. Daneben bleibt ihm auch die Möglichkeit, Schadenersatz nach OR Art. 97 ff. zu fordern. Gemäss OR Art. 246 Abs. 2 kann sich unter Umständen auch die Behörde für die Vollziehung von Auflagen einsetzen. Der Beschenkte seinerseits darf nach OR Art. 246 Abs. 3 die Erfüllung der Auflage verweigern, wenn der Wert der Schenkung die Aufwendungen für die Auflageerfüllung nicht deckt.

18 Vgl. Cavin, S. 190. Nach ihm sind ebenfalls Verpflichtungen der Beschenkten zugunsten des Gemeinwesens oder Dritter Auflagen, wenn der Schenker auf sie "aus Gründen Wert legt, die mit dem Empfang eines Entgelts nichts zu tun haben". Beispiel: eine unselbständige Stiftung in Form einer Schenkung unter Auflage. Einschränkend: Guhl/Merz/Kummer, S. 359, Institut der Zweckschenkungen und für die deutsche Lehre Ennecerus/Lehmann, § 125 I, S. 498 f.

19 Vgl. BGE 80 II 264, wo der Schenker zwar durch die Auflageerfüllung indirekt einen eigenen Nutzen erwartet, die Auflage jedoch im Verhältnis zur Schenkung rein akzessorischen Charakter hat.

20 Eine Möglichkeit, die im Erbrecht durch die Formulierung "jedermann" (ZGB Art. 482) weiter ausgebaut ist.

21 Dieses Widerrufsrecht geht in beschränktem Umfang auf die Erben des Schenkers über; vgl. OR Art. 251 Abs. 2.

II. Die Auflage im Stiftungsrecht

Eine selbständige Stiftung entsteht, indem der Stifter Vermögen aussondert, es einem besonderen Zweck widmet und rechtlich verselbständigt; sie findet ihre Regelung in ZGB Art. 80 ff.

Das ZGB erklärt Auflagen im Zusammenhang mit Stiftungen nicht ausdrücklich für zulässig; aus ZGB Art. 86 Abs. 2, wo gesagt wird, dass Auflagen, die den Stiftungszweck beeinträchtigen, aufgehoben oder abgeändert werden dürfen, geht aber hervor, dass der Gesetzgeber Auflagen bei Stiftungen für möglich und zulässig erachtete²². Es stellt sich allerdings die Frage, ob es überhaupt sinnvoll und notwendig ist, im Zusammenhang mit Stiftungen von Auflagen zu sprechen. Kann nicht eine Bestimmung, die wie eine Auflage aussieht, immer auch als Bestandteil des Stiftungszweckes interpretiert werden? E. Huber nennt die mit der Stiftung eines grossen Landkomplexes für städtische Anlagen verbundenen näheren Vorschriften für die Ueberbauung als Beispiel für eine Auflage. Die Ueberbauungsvorschriften können jedoch auch als Bestandteil des Stiftungszweckes angeschaut werden²³. Bei Stiftungen hat man es nicht mit Auflagen im engern Sinn zu tun, da es hier nicht notwendig ist, das Institut der Auflage heranzuziehen, um eine rechtliche Verpflichtung zu schaffen²⁴. Praktisch gesehen macht es jedoch gemäss der heute

22 Art. 86 Abs. 2 wurde nicht schon von E. Huber in den Vorentwurf aufgenommen (vgl. VE Art. 105), sondern erst von der ständerätlichen Kommission beantragt und von den Räten gutgeheissen (vgl. StenBull SR 15, 1238 und 1240).

23 Vgl. E. Huber, 10 Vorträge, S. 75. Vgl. auch das von Riemer in ZBl 80, 468 ff. behandelte Beispiel: Die Volkshausstiftung mit dem Zweck, der Bevölkerung Räumlichkeiten für Versammlungen, Unterhaltung und Bildung zur Verfügung zu stellen, war mit der "Auflage" beschwert, in den betreffenden Räumen absolut keinen Alkohol auszuschenken. Da dieses Verbot mit der Zeit den Stiftungszweck beeinträchtigte, wurde das Alkoholverbot gestützt auf ZGB Art. 86 Abs. 2 gelockert. Auch das Alkoholverbot lässt sich als Bestandteil des Stiftungszwecks auffassen.

24 Vgl. vorne a, S. 4 ff.

geltenden gesetzlichen Regelung keinen Unterschied, ob man eine Bestimmung als Auflage oder als Bestandteil des Stiftungszwecks interpretiert, da man das gleiche Resultat erreicht, egal, ob man sich nun auf ZGB Art. 86 Abs. 1 oder 2 abstützt.

Häufig ist von Auflagen im Zusammenhang mit unselbständigen Stiftungen die Rede; nämlich in dem Sinn, dass unselbständige Stiftungen - also juristisch nicht verselbständigt, einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen - u.a. in Form von letztwilligen Verfügungen unter Auflage oder von Schenkungen unter Auflage errichtet sind ²⁵.

III. Die Auflage im Erbrecht

Mittelpunkt dieser Arbeit bilden Auflagen, die im Erbrecht unter den Verfügungsarten von Todes wegen erwähnt sind. Eine einzige Bestimmung, ZGB Art. 482, behandelt gleichzeitig Auflagen und Bedingungen, was schon auf den ersten Blick recht knapp scheint. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, dass Fragen im Zusammenhang mit Auflagen die Gerichte in den letzten Jahrzehnten immer wieder beschäftigt haben; einerseits weil der Wortlaut von Art. 482 Unklarheiten in sich birgt, andererseits weil die Regelung einer Ergänzung bedarf.

Um Lücken aufzufüllen, wird man für einzelne Fragen nicht übers Erbrecht hinausgehen müssen, da sich eine analoge Anwendung der Vermächtnisbestimmungen anbietet. Da das Schenkungsrecht bezüglich Auflagen die ausführlichste Regelung enthält, ist eine analoge Anwendung jener Bestimmungen auf erbrechtliche Probleme zu prüfen. Ebenso lässt sich eine entsprechende Heranziehung des Allgemeinen Teils des

²⁵ Ausführliche Behandlung der unselbständigen Stiftung in Form einer letztwilligen Verfügung unter Auflage vgl. § 7 B a, S. 52 ff.

OR als Hilfe in Betracht ziehen. Das Stiftungsrecht kann insofern von Bedeutung sein, als man zum Schluss kommt, dass auf eine unselbstständige Stiftung, die z.B. in Form einer Verfügung von Todes wegen unter Auflage begründet wurde, die eine oder andere Bestimmung des Stiftungsrechts analog anwendbar sein soll.

Wertvoll kann auch hie und da ein Blick ins Ausland, in die Regelungen der umliegenden Länder sein. Zum Teil behandeln diese die erbrechtliche Auflage ausführlicher als das ZGB. Allenfalls liefern solche ausländische Lösungen für den schweizerischen Gesetzgeber auch Anstösse de lege ferenda.

§ 2 Praktische Bedeutung der Auflage im Erbrecht

A. Allgemeines

Im Gespräch mit Praktikern und bei der Durchsicht von Testamenten ging es darum, einen Ueberblick zu gewinnen über die praktische Bedeutung der erbrechtlichen Auflage und die Zwecke, die mit der Anordnung einer Auflage hauptsächlich verfolgt werden. Wenn man nebst den Aussagen von Praktikern die in neuerer Zeit recht zahlreiche Judikatur beizieht, lässt sich auch ableiten, in welcher Beziehung Auflagen eher problematisch oder unbefriedigend sind, bzw. für welche Zwecke dieses Institut sinnvollerweise herangezogen wird.

Ein Erblasser setzt eine ganze Reihe von Vermächtnissen aus und bestimmt, dass eine "detaillierte Veröffentlichung der Gabenliste vermieden werden" müsse. Ein anderer vermacht der Ortsbürgergemeinde eine Liegenschaft, verlangt aber, "dass dieses prächtige Bauwerk der Vergangenheit mitsamt seinem Umschwung den kommenden Generationen in gutem Zustand erhalten bleibt". Oder ein Erblasser, der sich um seine letzte Ruhestätte sorgt, bestimmt, dass sein Grab jeweils

am Todestag und an Festtagen besonders zu schmücken sei. Der Gründer eines Unternehmens ordnet in seinem Testament an, sein Grosskind müsse unter bestimmten Bedingungen in die Firma aufgenommen werden. Ein anderes Testament enthält die Anweisung, dass 2000 Franken für Tibetflüchtlinge zu verwenden seien.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, welch verschiedenartige Anliegen in die Form einer Auflage gekleidet werden können. Allerdings fällt auf, dass die wenigsten Testatoren direkt von Auflagen sprechen; ob eine solche gemeint ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Oft ist z.B. von einem Wunsch oder von einer Bedingung die Rede; es ergibt sich aber, dass der Erblasser an eine Auflage gedacht hat.

Am häufigsten sind wohl Auflagen im Interesse des Erblassers; Fälle, in denen man nicht von einem aus der Auflage Begünstigten sprechen kann. Eine zweite Gruppe bilden Anordnungen, bei denen Dritte als Begünstigte bezeichnet sind. Schliesslich kommen noch Auflagen vor, die der Erblasser im Interesse des Auflagebeschwerten selbst angeordnet hat.

B. Auflagen im Interesse des Erblassers

Zu dieser Kategorie gehören einmal die ausserordentlich verbreiteten und auch unproblematischen Bestimmungen, die Grabanlage und -unterhalt betreffen.

Zahlreich sind auch die Anordnungen, die sich mit der Bestattung befassen. Diese bewegen sich jedoch oft auf der Grenze zwischen Wunsch und Auflage. Die Abgrenzung ist hier aber kaum von grosser praktischer Bedeutung, denn entweder erfüllen die Erben freiwillig, bzw. sorgt der Willensvollstrecker dafür, oder dann ist es eben zu spät für eine Durchsetzung. Der Erblasser ordnet z.B. an, dass er Feuerbestattung wünsche, dass die Beerdigung im engsten Familienkreis

stattfinden solle, dass man einen bestimmten Pfarrer für die Abdankung heranziehe. Teuer für die Erben war die Bestattungsaufgabe eines Israeliten, der sich zu Lebzeiten nicht gross für seine Kultusgemeinschaft interessierte, im Testament aber festlegte, er wolle auf dem israelitischen Friedhof begraben werden. Da dies nur möglich war, wenn man regelmässig gewisse Beiträge bezahlt hatte, lag es an den Erben, 20'000 Franken nachzuzahlen, um die Auflage erfüllen zu können.

Ebenfalls zu den Auflagen, bei denen persönliche Anliegen des Erblassers im Vordergrund stehen und nicht ein bestimmter Begünstigter bezeichnet ist, gehören einzelne Anordnungen, die mit Liegenschaften zusammenhängen. So verlangt ein Testator z.B. von seinen Erben, das vererbte Haus im Sinne des Heimatschutzes zu renovieren oder es so umzubauen, dass es nachher mindestens zwei Wohnungen enthalte. Andere Auflagen sehen vor, dass die Erben die Hypothekarschulden auch ohne Zwang seitens der Gläubiger in regelmässigen Abständen abbezahlen müssen oder dass der Sohn, dem das Haus zugeteilt werde, dieses der Familie erhalten solle. Der Erblasser möchte unter Umständen auch seine Erben vom Uebernahmerecht der Liegenschaften ausgeschlossen sehen oder sie mindestens Drittinteressenten gleichstellen.

Bei diesen Auflagen im Zusammenhang mit Liegenschaften muss man sich öfters mit dem Problem befassen, ob sie nicht gegen das Recht oder die guten Sitten verstossen. Diese Frage stellt sich z.B. bei absoluten, zeitlich unbegrenzten Veräusserungsverboten oder bei der Anordnung des Testators, die Erben seines Hauses müssten im eigenen Testament dafür sorgen, dass die Liegenschaft in der Familie bleibe.

Zur Kategorie der Auflagen im Interesse des Erblassers gehören auch viele Anordnungen, die ein dem Testator gehörendes Unternehmen betreffen. So kommt es vor, dass ein Erblasser versucht, mittels eines Testaments sein Lebenswerk über den Tod hinaus zu regeln; z.B. indem er Anordnungen in Form von Auflagen trifft. Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, nach einer Ideallösung für die Erhaltung eines Unter-

nehmens zu suchen, aber es ist nach Erfahrungen von Praktikern zu betonen, dass die Auflage kaum ein geeignetes Mittel dazu ist. Denn der Erblasser kann sich nicht auf die Durchsetzung solcher Auflagen, die auf lange Sicht einen Zustand schaffen oder erhalten wollen, verlassen, und es lässt sich auch im voraus schlecht beurteilen, ob eine einschneidende Auflage von den Erben und gegebenenfalls vom Richter als zulässig akzeptiert wird. Ein Beispiel dazu liefert ein Bundesgerichtsentscheid, der einen Fall behandelt, in dem der Vater einen seiner drei Söhne testamentarisch von der Geschäftsleitung seiner AG ausschloss. Das Zürcher Obergericht hatte diese Anordnung mit Recht als an sich gültige Auflage anerkannt²⁶; das Bundesgericht wollte die betreffende Testamentsbestimmung damals ihres Inhalts wegen nicht als Auflage akzeptieren²⁷.

In einem anderen Testament war demjenigen, der das Unternehmen des Erblassers weiterführen sollte, als Auflage aufgegeben, den Betrieb weder zu vergrössern noch auszubauen. Da stellt sich zuerst einmal ein heikles Auslegungsproblem; was soll nun als Vergrösserung gelten, welche Massnahmen lassen sich noch unter den Begriff der Erhaltung subsumieren? Auch muss man sich unter dem Blickwinkel der Zulässigkeit fragen, ob diese Anforderungen den Nachfolger nicht zu stark einschränken. Schliesslich ist zu überlegen, ob man realistischerweise überhaupt eine Durchsetzung der Auflage erwarten darf, falls nicht freiwillig erfüllt wird. Wird wohl der Willensvollstrecker, dessen Mandat sonst schon lange abgeschlossen ist, vielleicht Jahre nach dem Tod des Erblassers auf die Nichterfüllung aufmerksam werden und gerichtlich die Erfüllung erzwingen?

Problematisch ist auch der Versuch eines kinderlosen Unternehmers, das Geschäft unbedingt der Familie zu erhalten. Er vermachte es

26 Aus andern Gründen musste es jedoch die Durchsetzung der Auflage verweigern, vgl. hinten § 9 A, S. 61.

27 Vgl. BGE 94 II 88 ff. und Merz in ZBJV 106, 49 ff.

seinem Neffen mit der Auflage, dass später dessen Kinder, die noch ganz klein waren, dieses weiterführen müssen. Ob eine solche Lösung wohl dazu geeignet ist, das Lebenswerk des Erblassers zu erhalten?

Hie und da findet sich in Testamenten auch die Bestimmung, dass die Pflichtteile in bar auszuzahlen seien; dies ist ein weiteres Beispiel für eine Auflage, die der Erblasser auf persönlichen Interessen aufstellt und mit der er niemanden speziell begünstigen will.

Schliesslich können in dieser Kategorie noch Verfügungen erwähnt werden, in denen der Testator jemandem eine wertvolle Sammlung oder eine Bibliothek unter Auflage vermacht. So verlangt der Besitzer einer grossen Bibliothek, dass diese in corpore aufgestellt werde und seinen Namen trage oder dass die Zeitschriftenabonnemente weitergeführt werden müssen. Für seine Bildersammlung wünscht der Testator, dass sie nicht getrennt, sondern in passendem Rahmen ausgestellt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werde. Hier handelt es sich zweifellos um zulässige und relativ unproblematische Auflagen, doch besteht auch die Gefahr, dass das Vermächtnis dankend angenommen wird, man es aber in der Folge mit der Auflage nicht so genau nimmt.

C. Auflagen im Interesse Dritter

a. Begünstigter vom Erblasser klar bezeichnet

Es gibt Fälle, in denen sich schon der Erblasser klar über die Person des aus der Auflage Begünstigten geäussert hat. Bei diesen Grenzfällen zwischen Vermächtnissen und Auflagen geht es vor allem um das Problem einer sorgfältigen Abgrenzung zwischen diesen Rechtsinstitutionen.

Wenn nun der Erblasser dem Alleinerben auferlegt, den Ertrag aus dem Nachlass zur Erhaltung der Gebäulichkeiten eines Klosters, jedoch

ohne Berücksichtigung der Nebengebäude, zu verwenden, so handelt es sich m.E. nicht um eine dem Alleinerben auferlegte Auflage zugunsten des erwähnten Klosters, sondern um ein Vermächtnis an dessen Träger mit der Auflage, das Geld in der angegebenen Weise zu verwenden.

Als Auflage, bei der bestimmte Personen, z.B. die Vermächtnisnehmer, begünstigt werden, muss die regelmässig auftauchende Anweisung, die Erbschaftssteuern aus dem Nachlass zu bezahlen, behandelt werden. Manchmal wird einem der Erben auch aufgetragen, den Erbteil von unmündigen oder entmündigten Erben zu verwalten oder einer andern Person als Dank für deren Fürsorge einen angemessenen Betrag auszuzahlen.

b. Begünstigte nur allgemein bestimmt

Hierher gehören die unselbständigen Stiftungen. Oft drückt sich der Erblasser dabei nur sehr allgemein aus. "Es soll aus meinem Nachlass die Summe von Fr. 50'000.-- zur Ausrichtung an gemeinnützige Zwecke ausgeschieden und verwendet werden." Oder eine Institution wird bedacht mit der Auflage, das Zugewendete zugunsten "bedürftiger Personen" zu verwenden.

Manchmal werden diese gemeinnützigen Zwecke negativ oder positiv noch näher umschrieben. Ein Erblasser hat die Absicht, "etwas für einen wohltätigen Zweck, aber nicht für eine kirchliche Institution" zu spenden; ein anderer zweigt eine Summe ab für die Gebrechlichen, aber nicht für die Blinden. Eine SAC-Sektion wird mit einem Vermächtnis bedacht unter der Auflage, das Geld sei für die Rettung von in den Bergen verunglückten Sektionsmitgliedern zu verwenden; oder ein Diakoniewerk muss das Empfangene der Schwesternkasse abliefern.

Auf diesem Gebiet erfüllt die Auflage sicher eine wichtige Aufgabe, ohne gleichzeitig viele Probleme zu stellen. Drückt sich der Erblasser nicht allzu ungeschickt oder vage aus, so kann er damit rechnen,

dass seine Anordnung befolgt und die von ihm ausgesetzte Summe in seinem Sinn verwendet wird. Dabei ist er nicht wie beim Vermächtnis verpflichtet, selber das Rechtssubjekt, dem etwas zukommen soll, zu bestimmen.

D. Auflagen im Interesse des Beschwerten

Solche Auflagen kommen selten vor. Als ein Beispiel dafür ist die Anordnung des Testators zu verstehen, der Erbe dürfe das Haus nicht verkaufen, denn es bilde eine gute Kapitalanlage oder es solle ihm ein sicheres Dach über dem Kopf bieten. Auch wenn der Erblasser eine Liegenschaft den Erben gemeinsam als Feriensitz erhalten will und deshalb ein Teilungsverbot für eine bestimmte Zeit anordnet, hat man eine Auflage im Interesse der Beschwerten vor sich. Dies ist auch der Fall, wenn ein Erblasser dem Erben vorschreibt, er müsse das ihm vermachte Geld bei einer erstklassigen Bank anlegen.

Doch bei dieser Gruppe wird es wiederum nicht immer klar sein, ob der Erblasser die rechtlich verbindliche Form der Auflage wollte oder ob es ihm nicht eher darum ging, nur einen Rat zu erteilen oder einen Wunsch auszusprechen. Unter Umständen beabsichtigte der Erblasser auch, dem andern gar eine Bedingung aufzuerlegen.

Man kann sich fragen, wer denn bei einer Auflage im Interesse des Beschwerten für die Erfüllung Sorge, wenn sich dieser nicht freiwillig der Auflage fügt. Neben dem direkt Interessierten gibt es jedoch nach ZGB Art. 482 Abs. 1 noch weitere Vollziehungsberechtigte, und auch ein Willensvollstrecker muss sich dafür einsetzen. Die Möglichkeit, dass eine solche Auflage erfüllt wird, ist also kaum geringer als bei Anordnungen, bei denen die Person des Beschwerten nicht mit derjenigen des Begünstigten identisch ist.

E. Ergebnisse

Die angeführten Beispiele zeigen, dass die Auflage in vielen Fällen nicht dem eigentlichen Zweck des Erbrechts, nämlich der Verfügung über das erblasserische Vermögen, dient, sondern darüber hinaus Anordnungen an Erben und Vermächtnisnehmer ermöglicht, welche aus der Sicht des Erblassers sonst noch nötig sind, aber nicht direkt mit der Vermögensverteilung zu tun haben²⁸. Die Auflage hat somit einen weit gefächerten Anwendungsbereich; in gewissem Masse dient sie auch als Auffangbecken für oft recht vage Anordnungen, die sich sonst in keine erbrechtlich zulässige Form kleiden lassen.

Auflagen sind aber auch nicht unproblematisch; recht oft sind sie Quelle verschiedener Streitfragen, nicht zuletzt wegen der knappen gesetzlichen Regelung. Der Berater und der Richter haben sich mit Fragen zu befassen, auf die das Gesetz keine direkte Antwort gibt.

Alles in allem lässt sich feststellen, dass Auflagen zwar ihren festen Platz im Erbrecht haben, von der Verwendung dieses Rechts-Instituts aber mindestens für die Regelung komplizierter organisatorischer Fragen eher abgeraten wird. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, auf Probleme, die sich in der Praxis stellen, einzutreten und ein möglichst abgerundetes Bild dieser im Gesetz nur angedeuteten Rechtsfigur zu zeichnen.

28 Vgl. dazu den Aufsatz von Escher in SJZ 58, 329 ff.: "Eingriffe eines Erblassers in die Lebensverhältnisse der Erben", wo er die Auflage als eines der wichtigsten Mittel des Erbrechts, um über die eigentliche Aufgabe des Erbrechts hinausgehende Zwecke zu verfolgen, behandelt.

2. ABSCHNITT: BEGRIFF DER AUFLAGE

§ 3 Der in der Lehre und Praxis gebräuchliche Begriff

Die einzige Bestimmung des ZGB, die sich mit der erbrechtlichen Auflage befasst, liefert keine klare Begriffsumschreibung dieses Rechtsinstituts. Zwar lassen sich einzelne charakteristische Elemente aus der Formulierung von ZGB Art. 482 Abs. 1 herauslesen, von einer Definition kann aber nicht gesprochen werden. Der Gesetzgeber hat den Auflagenbegriff vorausgesetzt, der damals in der Lehre vertreten wurde ¹.

Verwirrend ist auch die Behandlung von Auflagen und Bedingungen an der gleichen Stelle. Der Wortlaut des Gesetzes macht glauben, dass auch bei der Bedingung die Vollziehung verlangt werden darf und verwischt damit ein wichtiges Abgrenzungskriterium zwischen Auflagen und Bedingungen ².

"Eine Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB ist eine Verfügung von Todes wegen, die einen gesetzlichen oder eingesetzten Erben oder einen Vermächtnisnehmer verpflichtet, zu einem bestimmten Zweck etwas zu tun oder zu unterlassen, wobei diese Verpflichtung aber nicht ein Forderungsrecht eines Berechtigten, sondern nur einen Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung begründet." Diese Umschreibung der erbrechtlichen Auflage ist der Rechtsprechung des Bundes-

1 In Deutschland findet sich in BGB § 1940 eine Begriffsbestimmung der erbrechtlichen Auflage; in Italien, Oesterreich und Frankreich befasst sich jedoch das Gesetz auch nicht mit dem Auflagebegriff.

2 Vgl. dazu ausführlich hinten § 5, S. 33 ff.

gerichts ³ entnommen, welche sich ihrerseits auf die Kommentatoren Tuor und Escher ⁴ abstützt.

Dieser - man darf wohl sagen - gefestigte Begriff gibt als Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit mehr her als eine auf alle privatrechtlichen Auflagen anwendbare Begriffsumschreibung, welche etwa so lauten müsste: Die Auflage ist eine mit einer unentgeltlichen Zuwendung verbundene rechtliche Verpflichtung zu einem Verhalten im Hinblick auf einen bestimmten Zweck.

§ 4 Die einzelnen Begriffselemente

A. Die Auflage als Verfügung von Todes wegen

Unter einer Verfügung von Todes wegen kann man das Mittel verstehen, welches der Erblasser benutzt, um seinen Willen zu Geltung zu bringen ⁵. Dies wäre entweder das Testament oder der Erbvertrag, im Gesetz im Abschnitt über "Verfügungsformen" geregelt. In der Folge wird jedoch der Ausdruck im Sinne einer vom Gesetz zugelassenen Einzelanordnung des Erblassers gebraucht. Nur bei dieser Begriffsumschreibung kommt es in Frage, die Auflage als Verfügung von Todes wegen zu erfassen.

Das Gesetz zählt die zulässigen letztwilligen Verfügungen abschlies-

³ Vgl. BGE 94 II 91/92, 99 II 379.

⁴ Vgl. Tuor, N 6 zu Art. 482; Escher, N 13 zu Art. 482. Auch die Definition von Piotet, S. 147 enthält dieselben Begriffselemente; vgl. auch Brenni, S. 38 und Herzer, S. 40.

⁵ Vgl. z.B. Brenni, S. 34.

send auf ⁶. Die erbrechtliche Auflage hat ihren Platz im ZGB im Abschnitt über die Verfügungsarten, Art. 481 ff., gefunden.

Kann man jedoch von einer Auflage als eigenständiger Verfügung von Todes wegen sprechen? Ist sie nicht vielmehr immer nur Anhängsel einer andern Verfügung? Stellt man auf den Wortlaut von ZGB Art. 482 Abs. 1 ab, so gewinnt man den Eindruck, sowohl Auflagen als auch Bedingungen könnten höchstens einer andern Verfügung von Todes wegen, z.B. einer Erbeinsetzung, angefügt werden. Dies stimmt zwar für Bedingungen ausnahmslos; solche erscheinen immer nur als Nebenbestimmungen einer andern Verfügung. In bezug auf Auflagen ist dies nur zum Teil richtig; sie können auch von der Verfügung, mit der sie verbunden sind, abtrennbar oder von Anfang an von jeder weiteren Anordnung unabhängig sein. So ist es zulässig, dass der Erblasser in einem Testament zwar nichts über die Erbfolge bestimmt, dass er aber den gesetzlichen Erben in Form einer Auflage eine Verpflichtung auferlegt ⁷. Als eigenständige Verfügung von Todes wegen dürfte man auch eine Auflage bezeichnen, die zwar mit einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis verbunden ist, aber bei deren Wegfall nicht ebenfalls wirkungslos wird, sondern nur auf einen andern Belasteten übergeht ⁸. Es gibt jedoch Fälle, wo Auflagen so eng mit einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtnis zusammenhängen, dass sie wie Bedin-

6 Vgl. E. Huber, Erl. I, S. 392. Verzeichnis der zulässigen Verfügungen bei Piotet, S. 87 f.

7 Z.B. die häufig vorkommenden Auflagen betreffend Grabpflege, Gedächtnismessen, Bestattungswünsche, etc. Solche den gesetzlichen Erben auferlegte Auflagen werden in der Lehre allgemein als selbständige Auflagen bezeichnet; vgl. Tuor, N 20 zu Art. 482; Herzer, S. 76; Brenni, S. 45. M.E. ist es besser, unter selbständigen Auflagen auch jene zu verstehen, die nicht untrennbar mit einer andern Verfügung verbunden sind; so in BGE 76 II 207; nicht einverstanden Escher, N 15 zu Art. 482.

8 Z.B. vermacht der Erblasser jemandem ein Haus mit der Auflage, es der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Vermächtnisnehmer schlägt aus, das Haus geht samt Auflage auf die Erben über.

gungen nur noch als Nebenbestimmung der primären Verfügung erscheinen und somit deren Schicksal teilen ⁹.

Die Einordnung der Auflage unter die Verfügungsarten deshalb in Frage zu stellen, weil es sich bei einer solchen immer um eine Disposition über das erblasserische Vermögen handeln müsse, was bei der Auflage nicht der Fall sei ¹⁰, scheint nicht stichhaltig, denn der Erblasser kann auch andere Anordnungen treffen, die nichts mit dem Vermögen zu tun haben und trotzdem unbestrittenermassen zu den Verfügungen von Todes wegen gehören ¹¹.

Auflagen sind also eine rechtlich zulässige Art von Verfügungen von Todes wegen. Sie stellen allerdings manchmal nur Nebenbestimmungen zu andern Verfügungen dar und teilen dann deren rechtliches Schicksal.

B. Gesetzlicher oder eingesetzter Erbe oder Vermächtnisnehmer als Auflagebeschwerte

Das ZGB äussert sich nicht zur Frage, wer als Auflagebeschwerter in Frage kommt. In Literatur und Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass der Erblasser Erben oder Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschweren kann; es ist aber auch denkbar, dass einmal ein Auflagebegünstigter mit einer Auflage belastet ist ¹². Auflagen haben eine

9 Z.B. ein Vermächtnis an einen Arzt mit der Auflage, er müsse die medizinische Betreuung von zehn Flüchtlingen während eines Jahres übernehmen. Vgl. allgemein zum Schicksal der Auflage bei Wegfall des Beschwerten § 24, S. 151 ff.

10 So Herzer, S. 37/38: "Sie (die Auflage) kann auch einen nicht geldwerten Inhalt haben und insofern handelt es sich nicht um eine erblasserische Verfügungsart im üblichen Sinn" (S. 38).

11 Z.B. die Anordnung einer Willensvollstreckung oder, als Verfügung nicht rein erbrechtlicher Natur, die Anerkennung eines Kindes gemäss ZGB Art. 260.

12 Erben und Vermächtnisnehmer sind auch in BGB § 1940, wo der Begriff der Auflage umschrieben ist, als mögliche Beschwerte aufgeführt. Ein Beispiel für die Belastung eines Auflagebegünstigten vgl. § 6 B, S. 49.

erzwingbare Leistung zum Inhalt, deren Erfüllung jedenfalls nur von einer Person verlangt werden kann, der aus dem Nachlass etwas zugewendet wird ¹³. Die Bedachten haben die Möglichkeit, die ganze Zuwendung samt Auflage auszuschlagen, sofern sie nicht gewillt sind, die Auflagen zu erfüllen ¹⁴. An weitere Personen kann sich der Erblasser nur in Form eines rechtlich nicht bindenden Wunsches wenden, den jene vielleicht aus Pietätsgründen freiwillig erfüllen.

Zum Kreis der möglichen Auflagebeschwerten gehören auch Nach- und Ersatzerben, sofern sie Erben geworden sind. Ob eine Auflage, die den in erster Linie zur Erbfolge berufenen Erben belastet, auf den Ersatzerben übergeht, beurteilt sich nach dem Willen des Erblassers und dem Grad der Selbständigkeit der Auflage. Der Testator setzt z.B. einen Künstler zum Erben ein, beschwert ihn aber mit der Auflage, er müsse seinen Grabstein künstlerisch gestalten. Für den Fall, dass der Künstler vor ihm sterben sollte, bestimmt er einen Ersatzerben, der sich nicht künstlerisch betätigt. Kommt nun dieser zum Zug, darf man nicht annehmen, die Belastung sei auf ihn übergegangen ¹⁵. Ein Ersatzerbe kann aber für den Fall des Eintritts in die Erbfolge ohne weiteres auch mit einer nur für ihn geltenden Auflage beschwert werden. Auf gleiche Weise sind auch Nach- und Ersatzvermächtnisnehmer belastbar.

Es ist möglich, dass mehrere Erben oder Vermächtnisnehmer gemeinsam mit einer Auflage beschwert sind. Lässt sich dann nichts über den Willen des Erblassers bezüglich der Lastenverteilung sagen, so

13 Klang/Gschnitzer, S. 694 zu § 709 drückt dies so aus: "Die Belastung (Onerierung) setzt eine Zuwendung (Honorierung) voraus."

14 Wird ein pflichtteilsgeschützter Erbe belastet, ist zudem eine Herabsetzung der Auflage in Betracht zu ziehen, denn dieser Erbe kann verlangen, dass ihm sein Pflichtteil unbelastet zufällt. Dasselbe gilt, wenn die Aufwendungen für die Erfüllung der Auflage über das hinausgehen, was der Zuwendungsempfänger vom Erblasser erhalten hat. Zur Herabsetzung von Auflagen vgl. § 25, S. 156 ff.

15 Vgl. auch vorne § 4 A Anm. 9, S. 20.

scheint es vernünftig, - wie nach BGB ¹⁶ - auch für das schweizerische Recht, das diese Frage nicht regelt, eine Belastung entsprechend der Erbteile bzw. der Vermächtnishöhe anzunehmen ¹⁷.

Ein solcher Fall der gemeinsamen Belastung mehrerer Erben kann vorliegen, wenn sich der Erblasser in bezug auf die beschwerte Person nicht geäußert hat. Im Zweifel sind dann alle Erben als belastet anzusehen ¹⁸.

C. Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen zu einem bestimmten Zweck

Die vom Beschwerden verlangte Leistung kann in einer Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen bestehen. Der Erblasser verlangt z.B. von einem Erben, dass er zwei Studenten einen Studienaufenthalt im Ausland ermögliche oder - als Beispiel für eine Unterlassung - dass er den ihm überlassenen Betrieb nicht vergrößere oder das vererbte Haus nicht veräußere. Ohne weiteres kommt auch eine Duldungspflicht in Frage ¹⁹; diese kann man als eine Unterart des Unterlassens bezeichnen ²⁰.

16 Ausdrücklich geregelt in BGB § 2192 und 2148; vgl. auch Kipp/Coing, § 64 II, S. 372.

17 Vgl. Herzer, S. 25; Brenni, S. 66/67.

18 So auch Brenni, S. 66. Dies lässt sich aus ZGB Art. 562 Abs. 1 ableiten; diese Bestimmung dürfte analog auf Auflagen anwendbar sein; vgl. Piotet, S. 152 und Kräyenbühl, S. 83. Vgl. auch BGE 11, 241 f., wo nicht etwa der Willensvollstrecker, sondern der Alleinerbe Auflagebeschwerter ist, dem Willensvollstrecker nur ausdrücklich die Ausführung der verschiedenen Auflagen aufgetragen ist. Für Deutschland vgl. Kipp/Coing, § 64 II, S. 372; Staudinger/Seybold, N 10 zu § 1940 (Staudinger/Otte, N 3 zu § 1940).

19 Ein unter Denkmalschutz stehendes Haus wird der Ortsbürgergemeinde vermacht unter der Auflage, dass das Porträt des Erblassers im gleichen Raum wie bisher aufgehängt bleiben müsse.

20 Vgl. von Tuhr/Peter, S. 49.

Mit der Verpflichtung des Auflagebeschwerten zu einer Leistung kann der Erblasser die verschiedensten Zwecke verfolgen²¹; die Grenzen bilden das Gesetz und die guten Sitten. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des vom Testator verfolgten Zweckes dürfen nicht allzu hoch angesetzt werden²². Es genügt z.B., wenn der Erblasser eine von ihm ausgesetzte Summe für "gemeinnützige Zwecke" oder "für Flüchtlinge" verwendet wissen will²³. Damit sind bei einer Auflage die Anforderungen an die Höchstpersönlichkeit der Willensbildung herabgesetzt, ein bestimmter Bedachter muss im Gegensatz zum Vermächtnis oder zur Erbeinsetzung nicht vom Erblasser selbst genannt werden²⁴. Der Grund liegt m.E. darin, dass dem Erblasser in Fällen, wo für ihn der Zweck und nicht eine bestimmte Person im Vordergrund steht, die Möglichkeit gegeben sein soll, gültig letztwillig zu verfügen²⁵.

D. Anspruch der interessierten Person auf Vollziehung

In ZGB Art. 482 Abs. 1 heisst es, dass jeder, der daran ein Interesse hat, die Vollziehung einer Auflage verlangen darf. Es ist charakteristisch für die Auflage, dass einem Beschwerten nicht immer ein klar bezeichneter Begünstigter gegenübersteht²⁶, an dem es dann auch liegen würde, seinen Anspruch geltend zu machen.

Bei der erbrechtlichen Auflage kommt dazu, dass zu gegebener Zeit der Erblasser, der sie angeordnet hat, nicht mehr selber für die Vollziehung sorgen kann. Anders ist dies bei Auflagen im Zusammenhang

21 Vgl. vorne § 2, S. 9 ff.

22 In diesem Sinne Escher, N 16 zu Art. 482 und Kipp/Coing, § 64 I, S. 370.

23 Weitere Beispiele vgl. vorne § 2 C b, S. 14 f.

24 Vgl. Escher, N 16 zu Art. 482; Moser, SJZ 12, 243.

25 Vgl. Moser, SJZ 12, 243.

26 Vgl. nachfolgend E a, S. 25 ff.

mit Schenkungen, wo sich im Normalfall der Schenker selbst um die Durchsetzung kümmern kann. Dort wird denn auch der Vollziehungsanspruch in erster Linie ihm und unter besonderen Umständen noch seinen Erben und der Behörde gegeben (vgl. OR Art. 246 Abs. 1 und 2) ²⁷.

Im Erbrecht hat also nicht nur eine klar bestimmte Person die Möglichkeit, die Erfüllung einer Auflage durchzusetzen, sondern "jeder-
mann, der ein Interesse hat", hat einen Anspruch auf Vollziehung, in der Regel jedoch, ohne die Leistung an sich selbst verlangen zu können. Fälle, in denen "jedermann, der ein Interesse hat", einen Anspruch durchsetzen kann, finden sich noch an anderen Stellen des Gesetzes; z.B. beim Begehren um Aufhebung einer Stiftung (ZGB Art. 89) oder bei der Anfechtung der Anerkennung eines Kindes (ZGB Art. 260 a) ²⁸.

Dieselbe Lösung für die erbrechtliche Auflage findet sich im italienischen CC ²⁹. Das deutsche BGB geht hingegen diesbezüglich weniger weit, indem es nur Erben, Miterben und denjenigen, "welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerzten unmittelbar zustatten kommen würde", zur Klage berechtigt ³⁰.

27 Vgl. Cavin, S. 191. Nach v.Tuhr/Escher, S. 242 ergibt sich bei Schenkungsauf-
lagen zugunsten einer bestimmten Person ein Klagerecht des Begünstigten auch
stillschweigend aus OR Art. 112 Abs. 2 (Vertrag zugunsten eines Dritten).

28 Weitere Beispiele bei Guldener, S. 140 Anm. 6.

29 Vgl. CC it. Art. 648 Abs. 1, wo es heisst: "Per l'adempimento dell'onere può
agire qualsiasi interessato".

30 Vgl. BGB § 2194. Vgl. ausführlich zur Klageberechtigung in andern Ländern
hinten § 12 A b, S. 77 f.

E. Fehlen eines Forderungsrechts des Begünstigten?

a. Der Auflagebegünstigte

Bevor das letzte Element der Begriffsumschreibung der erbrechtlichen Auflage, die Frage nach einem Forderungsrecht eines aus der Auflage Begünstigten, zur Sprache kommt, ist zu prüfen, zu wessen Gunsten Auflagen errichtet werden können.

Schon aus den bisher aufgeführten Beispielen ergibt sich klar, dass es bei der Auflage - im Gegensatz zur Erbeinsetzung oder zum Vermächtnis - nicht immer einen bereits vom Erblasser fest bezeichneten Destinatär geben muss. So kommt es oft vor, dass der Erblasser mit einer Auflage ganz persönliche Interessen verfolgt; er möchte gewisse Fragen für die Zeit nach seinem Tod regeln³¹. In solchen Fällen kann man meines Erachtens nicht vom Erblasser als Auflagebegünstigtem sprechen³², da mit seinem Tod ja auch seine Rechtsfähigkeit erlischt.

Ein fest bestimmter Destinatär fehlt auch, wenn der Erblasser sich in seinem Testament mit einer allgemeinen Umschreibung des von ihm verfolgten Zweckes begnügt³³. Allein die Zweckbestimmung umgrenzt dann den Kreis der in Frage kommenden Destinatäre; es wird erst nach dem Tod des Erblassers festgelegt, wer schliesslich zum Zug kommt³⁴.

31 Beispiele vgl. vorne § 2 B, S. 10 ff.

32 Escher, N 19 zu Art. 482 oder Brenni, S. 69 bezeichnen den Erblasser in solchen Fällen als Begünstigten, vgl. aber Piotet, S. 148 Anm. 4.

33 So bei der unselbständigen Stiftung, wenn der Erblasser z.B. dem Gemeinwesen eine bestimmte Summe vermacht mit der Auflage, das Geld müsse für die Förderung kultureller Zwecke der Stadt verwendet werden. Mögliche Destinatäre sind dann all jene, die in irgendeiner Weise auf kulturellem Gebiet tätig sind.

34 Zum Prinzip der Höchstpersönlichkeit der Willenserklärung bei Auflagen vgl. vorne C, S. 23.

Das ZGB äussert sich jedoch nicht zur Frage, wer die endgültige Auswahl treffen soll. Hat der Erblasser selbst nichts angeordnet, liegt es nahe, die Bestimmung dem Beschwerten zu überlassen. Dieser wurde ja vom Erblasser verpflichtet, einen bestimmten Zweck zu erfüllen. Macht ihm der Testator keine weiteren Vorschriften, so soll er das Vorgehen selbst festlegen können ³⁵. Es scheint mir jedoch möglich, dass auch ein Dritter - v.a. ist an den Willensvollstrecker zu denken - vom Erblasser damit beauftragt werden kann ³⁶, immer vorausgesetzt, dass eine minimale Zweckumschreibung gegeben ist. Es geht nicht an, dass der Testator den Willensvollstrecker ermächtigt, einen Teil des Nachlasses nach Gutdünken zu verteilen; hier würde das Verbot, die Verfügung über den Nachlass einem Dritten zu überlassen, verletzt ³⁷. Hat einer der Erblasser eine auch allgemein gehaltene Umschreibung des Kreises der Destinatäre gegeben, so darf die definitive Zuteilung von einem Dritten vorgenommen werden ³⁸.

Natürlich sind auch bei der Auflage Fälle denkbar, in denen der Destinatär oder eine grössere Zahl von Destinatären vom Erblasser

-
- 35 Wurden z.B. einer Schulgemeinde Fr. 10'000.-- vermacht, um damit Kindern aus minderbemittelten Familien Ferienaufenthalte zu ermöglichen, so liegt es an den Verantwortlichen der Schulgemeinde, zu bestimmen, wer schliesslich in den Genuss solcher Zuschüsse kommen soll.
- 36 In BGB § 2193 ist ausdrücklich gesagt, dass es der Erblasser dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen könne, die Person, welche die Leistung empfangen soll, zu bestimmen.
- 37 Eine Verletzung dieses Verbots macht die betreffende Verfügung nichtig; vgl. Piotet, JdT 1969, 171.
- 38 Zustimmend Reichlin, S. 87; Stifel, S. 112; E. Moser, in SJZ 12, 243 und eine Minderheit des Zürcher Obergerichts in ZR 1 Nr. 260; unklar aber Piotet, S. 148. Escher, N 16 zu Art. 482 leitet aus BGE 81 II 30 ab, dass das Bundesgericht diese Entscheidung nie dem Willensvollstrecker überlassen wolle. Diese Haltung lässt sich aber kaum aus jenem Entscheid herauslesen, denn das Bundesgericht spricht an der erwähnten Stelle zwar vom generellen Verbot, einem Dritten die Verfügung über den Nachlass zu überlassen, dies aber nicht im Zusammenhang mit einer Auflage, bei der eine Zweckbestimmung gegeben ist.

selbst bereits klar bestimmt ist ³⁹. Wie noch zu zeigen sein wird ⁴⁰, liegt im Erbrecht, dort wo eine bestimmte Person als Begünstigte bezeichnet ist, oft nicht mehr eine Auflage, sondern ein Vermächtnis vor. Denn einer der wichtigen Unterschiede zwischen Vermächtnis und Auflage ist der, dass nach schweizerischem Recht der Vermächtnisnehmer immer vom Erblasser selbst bezeichnet werden muss ⁴¹, während für die Annahme einer Auflage eine Zweckbestimmung von Seiten des Erblassers genügt. Sind auch die übrigen Anforderungen, die an ein Vermächtnis gestellt werden, erfüllt, so ist dieses enger umschriebene Rechtsinstitut gegeben.

Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn der Beschwerzte gleichzeitig Destinatar der Auflage ist. Dem Erblasser liegt es daran, den Beschwerzten rechtlich zu etwas zu verpflichten, das jenem dann selbst zugute kommen soll. Allerdings ist man sich bis heute nicht einig, ob gerade in einem solchen Fall wirklich eine rechtlich verpflichtende Auflage vorliegen könne ⁴². Im gemeinen Recht wurde zwischen "modus simplex", der Auflage im Interesse des Beschwerzten, und "modus qualificatus", der Auflage im Interesse des Erblassers oder Dritter, unterschieden. Die einen Autoren ⁴³ wollten auch dem modus simplex den rechtlich zwingenden Charakter einer Auflage zuerkennen, während andere ⁴⁴ darin immer nur einen unverbindlichen Wunsch oder Rat des Erblassers sahen. Es scheint mir ohne weiteres möglich, einen Beschwerzten auch in der rechtlich verbindlichen Form einer Auflage zu

39 Z.B. verlangt der Erblasser, dass der Park, der sein Haus umgibt, sämtlichen Schulkindern des Dorfes zum Spielen offenstehen solle.

40 Vgl. hinten § 6, S. 41 ff.

41 Vgl. Beck, S. 76 und ausführlich zu diesem Unterschied hinten § 6 A a, S. 41 f.

42 Befürwortend Escher, N 19 zu Art. 482; Herzer, S. 29. Widersprüchlich Brenni, S. 40 und 68 (einmal bejahend, einmal verneinend); verneinend Cavin, S. 191; Beck, S. 89; Wolff, S. 99.

43 So z.B. Bekker, S. 361; Dernburg III § 84, S. 159.

44 Vgl. z.B. Glück, S. 465; Thibaut, § 102, S. 87.

einem Verhalten im eigenen Interesse zu verpflichten, nur muss man durch Auslegung immer genau abklären, ob der Wille des Erblassers nicht nur auf einen Rat gerichtet war⁴⁵.

b. Forderungsrecht des Auflagebegünstigten?

Mindestens in der Schweiz scheinen sich Lehre und Praxis in der Frage, ob aus der Auflage jemandem ein Forderungsrecht erwachse, ziemlich einig zu sein; das Bestehen einer Forderung wird abgelehnt. Es entstehe nur ein Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung, ein Forderungsrecht eines Berechtigten gebe es jedoch nicht⁴⁶. Doch stellt nicht gerade dieser Anspruch auf Vollziehung bereits ein Forderungsrecht dar, ist nicht der Vollziehungsberechtigte ein Gläubiger? In diesem Sinn äussert sich klar nur Merz⁴⁷: "Das Gesetz gibt den Interessierten den Vollziehungsanspruch. Heisst das nicht, dass sie Gläubiger sind und Gläubigerrechte ausüben? Es liegt nahe, das Gesetz beim Wort zu nehmen und nicht eine Zwitterform zwischen Forderung und Nichtforderung zu konstruieren, die nirgends ein Gegenstück findet."

45 Zur Abgrenzung Auflage/Rat oder Wunsch vgl. hinten § 8, S. 57 ff.

46 Vgl. z.B. BGE 105 II 259 f., Erw. 2 d; Piotet, S. 147 und 148; Escher, N 13 und 19 zu Art. 482: "Als feststehend kann angenommen werden, dass nach dem ZGB der Begünstigte nicht Gläubiger wird." Tuor, N 6 und N 13 zu Art. 482 und in SJK 851, 3 a und c; Beck, S. 88; Brenni, S. 39; Herzer, S. 39/40 und S. 53 ff., der aber die Ablehnung eines Forderungsrechts nicht konsequent durchzieht, sondern ein solches in Ausnahmefällen dann doch bejahen will (vgl. S. 55 oben). Neuestens auch Müller, vgl. z.B. S. 100, 120, der m.E. den Begriff der Auflage unnötigerweise einengt und dadurch gewisse Anordnungen des Erblassers nicht unterbringen kann, vgl. S. 106, 107, 123, Beispiel 4 und S. 125.

47 Merz in ZBJV 106,51; andeutungsweise auch Rossel/Mentha, S. 66.

I. Zum Forderungsbegriff

"Forderung ist ein klagbares Recht auf eine Leistung" ⁴⁸. Dabei ist der Begriff der Leistung sehr umfassend zu verstehen. Es kann sich um ein Tun, Unterlassen oder Dulden handeln ⁴⁹.

Ein Forderungsrecht umfasst eine ganze Reihe von Befugnissen. Im Mittelpunkt steht das Recht des Gläubigers, die Leistung vom Schuldner zu verlangen; der Anspruch, welcher entsteht, sobald die Forderung fällig wird ⁵⁰.

Im Normalfall ist es nun so, dass jener, der die Erfüllung fordern kann, auch die Leistung empfängt. Es kommt jedoch vor, dass der Forderungsberechtigte die Leistung nicht für sich selbst verlangen darf; so z.B. beim unechten Vertrag zugunsten Dritter ⁵¹. Wem kommt dann Gläubigerstellung zu? "Als entscheidendes Element für die Zuständigkeit der Forderung gilt die Befugnis, die Leistung zu verlangen, resp. zu erzwingen; wer diese Befugnis hat, ist Gläubiger, wenn auch die Leistung einem andern zukommt" ⁵². Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter wäre demnach der Vertragspartner des Schuldners Gläubiger; der Dritte nur beim echten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem

48 Vgl. Schönenberger/Jäggi, N 10 und 15 vor Art. 1; Gauch/Schluep/Jäggi, N 25; v.Tuhr, BGB, S. 144, der vom rechtlichen Mittel, "welches das Gesetz dem Gläubiger zur Erlangung der Leistung bietet", spricht.

49 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 30 ff.; Schönenberger/Jäggi, N 33 vor Art. 1; v.Tuhr, BGB, S. 261, wo als Beispiele Zahlung von Geld, Herausgabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, Vornahme einer vertretbaren oder unvertretbaren Handlung, Unterlassung, Abgabe einer Willenserklärung, genannt sind; alles Leistungen, die auch Inhalt einer Auflageverpflichtung sein können.

50 Der Begriff des Anspruchs wird jedoch nicht einheitlich in diesem Sinn gebraucht; vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 75; v.Tuhr/Peter, S. 15 f. Für weitere aus der Forderung erwachsende Befugnisse vgl. v.Tuhr/Peter, S. 16; v.Tuhr, BGB, S. 142, insbesondere Anm. 39 b.

51 Vgl. v.Tuhr/Peter, S. 17.

52 v.Tuhr, BGB, S. 143; vgl. auch v.Tuhr/Peter, S. 17 Anm. 45.

auch er gemäss OR Art. 112 Abs. 2 die Erfüllung verlangen kann.

II. Anwendung auf das Recht des Auflagebegünstigten

Wie sich bei der Durchsicht von Testamenten gezeigt hat, ist im typischen Fall der Auflage nicht eine klar bestimmte Person als Destinatar genannt, sondern es fehlt ein Begünstigter ganz oder eine nur allgemein umschriebene Personenmehrheit kommt zum Zug. Wenn aber ein Destinatar bezeichnet ist, so gehört er sicher zum Kreis der gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 zur Vollziehung Berechtigten. Damit wird er nach dem oben Gesagten bereits zum Gläubiger; es steht ihm ein Forderungsrecht zu, denn er hat die Befugnis, die dem Auflagebeschwerten auferlegte Leistung zu verlangen⁵³. Allerdings hat sein Forderungsrecht einen andern Inhalt als dasjenige der übrigen Vollziehungsberechtigten und Gläubiger. Er ist nicht nur Forderungsberechtigter, sondern auch Leistungsempfänger⁵⁴. Jedenfalls ist ein Destinatar als einer, der zu gegebener Zeit den Auflagebeschwerten

53 Vgl. dazu v.Tuhr, BGB, S. 143 Anm. 41, der in bezug auf den Vollziehungsanspruch in BGB § 2194 ausdrücklich von Forderung spricht. Allerdings ist zu beachten, dass in Deutschland ein allfälliger Begünstigter nicht zum Kreis der Vollziehungsberechtigten gehört und somit auch keine Gläubigerstellung einnimmt (vgl. Staudinger/Seybold, N 5 zu § 1940). Für schweizerische Verhältnisse spricht v.Tuhr/Escher, S. 242 Ziff. 5 im Zusammenhang mit Auflagen bei Schenkungen von einer Forderung des allfällig aus der Auflage Begünstigten und Riemer, ST N 373, S. 233 führt als Beispiel für obligatorische Rechte gegenüber der Stiftung u.a. solche aus Auflagen an (z.B. den Fall des BGE 76 I 39 ff. bzw. 79 II 113 ff.). Man hält es also auch bei uns nicht für begrifflich zwingend, dass eine Auflage nicht ein Forderungsrecht eines Begünstigten entstehen lässt. Für die Ablehnung eines Forderungsrechts aus einer erbrechtlichen Auflage scheint der Grund darin zu liegen, dass man ein klares Unterscheidungskriterium zum Vermächtnis haben will (so Escher, in N 19 zu Art. 482 und Herzer, S. 54).

54 In solchen Fällen muss dann besonders genau abgeklärt werden, ob nicht ein Vermächtnis statt einer Auflage vorliegt. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn die Bestimmung der Leistung dem Beschwerten überlassen ist. Vgl. zur Unterscheidung hinten § 6, S. 39 ff.

zwingen kann, seine ihm auferlegte Auflage zu erfüllen, also eine Leistung zu erbringen, eben Forderungsberechtigter und Gläubiger. Dies gilt nun nicht nur für den Fall, in dem der Erblasser eine konkrete Person begünstigt, sondern auch dort, wo ein allgemein umschriebener Kreis von Personen als Empfänger einer Auflageleistung in Frage kommt. Denn alle diese Personen sind "Interessierte" im Sinne des Gesetzes und somit forderungsberechtigt.

Deshalb muss in der Definition des Auflagebegriffs jener Passus weggelassen werden, der vom fehlenden Forderungsrecht eines Berechtigten spricht.

3. ABSCHNITT: ABGRENZUNG VON VERWANDTEN RECHTSINSTITUTEN

§ 5 Abgrenzung von der Bedingung

A. Die Bedingung

Die erbrechtliche Bedingung lässt sich definieren als die einer letztwilligen Verfügung beigegebene Nebenbestimmung, die die Wirkung der Verfügung vom Eintritt oder Nichteintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses abhängig macht ¹.

Der Erblasser hat damit ein wirkungsvolles Mittel in der Hand, um seine Anliegen durchzusetzen. Denn will der Zuwendungsempfänger die an die Zuwendung geknüpfte Bedingung nicht erfüllen oder tritt das zur Bedingung erhobene Ereignis nicht ein, so erhält der Bedachte auch die Zuwendung selbst nicht. Handelt es sich um eine Suspensivbedingung, so kann die Verfügung zu seinen Gunsten überhaupt keine Wirkung entfalten, wenn die Bedingung nicht eintritt ². Bei einer Resolutivbedingung erwirbt der Bedachte die Zuwendung vorerst einmal, sie fällt aber bei Eintritt der Bedingung wieder dahin. Hier sind v.a. solche Bedingungen denkbar, die ein bestimmtes Verhalten - ein Tun oder Unterlassen - des Bedachten über eine längere Zeitspanne verlangen ³, also sogenannte Potestativbedingungen.

1 Vgl. Escher, N 1 zu Art. 482; Tuor, N 3 zu Art. 482; Brenni, S. 41. Allgemein zur Bedingung vgl. v.Tuhr/Escher, S. 254 ff.

2 Der Erblasser ordnet z.B. im Testament an, dass sein Patenkind Fr. 10'000.-- erhalte, wenn es mit 25 Jahren sein Universitätsstudium abgeschlossen habe, oder er vermacht einem Neffen seinen Mercedes, wenn dieser die Fahrprüfung auf Anhieb besteht.

3 Der Erblasser vermacht seinem langjährigen Mieter die Liegenschaft, wenn dieser selbst darin wohnen bleibt, oder der kinderlose Witwer vererbt seiner um 20 Jahre jüngeren Maitresse sein ganzes Vermögen, sofern diese sich nicht wieder mit einem andern Mann liiert.

Im allgemeinen Teil des OR finden sich Bestimmungen, die die Bedingung betreffen (OR Art. 151 ff.). Aufgrund von Art. 7 ZGB sind jene Normen auch auf erbrechtliche Bedingungen entsprechend anwendbar⁴.

B. Abgrenzungskriterien

a. Erzwingbarkeit

"Die Bedingung nämlich suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht"⁵. Mit dieser knappen, treffenden Formulierung legt Savigny den Hauptunterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten fest. Und eben dieser Hauptunterschied wird durch den Wortlaut von ZGB Art. 482 Abs. 1 verwischt, könnte man doch den Eindruck gewinnen, auch die Vollziehung einer Bedingung könne von jedermann verlangt werden, wenn es heisst: "Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung ..., jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat." Doch jedes Zwangsmoment widerspricht der Natur der Bedingung.

Der erwähnte Fehler findet sich noch nicht im Vorentwurf und den Erläuterungen von Eugen Huber, denn der heutige Abs. 1 war zunächst in kürzerer Form und ohne Erwähnung der Bedingung als Abs. 3 vorgesehen⁶. Aus dem Protokoll der Expertenkommission lässt sich entnehmen, dass erst in jenem Gremium der heutige Abs. 1 von Art. 482

4 Es scheint mir nicht korrekt, wenn Herzer, S. 83 von einer direkten, nicht nur analogen Anwendung spricht. Vgl. Friedrich, N 50 zu Art. 7 ZGB mit Zitat aus BGE 49 II 157. Dort wird der bundesgerichtlichen Feststellung zugestimmt, dass es sich im Falle von ZGB 7 "nur um eine entsprechende, d.h. um eine die besonderen Verhältnisse des streitigen Rechtsgeschäftes berücksichtigende Anwendung der obligationenrechtlichen Vorschriften handeln kann".

5 Vgl. Savigny, S. 231.

6 VE Art. 501 und Erl. I, S. 392. VE 501 Abs. 3 lautete: "Die Vollziehung von Auflagen kann Jeder verlangen, der an ihnen ein Interesse hat."

anstelle des Abs. 3 des Vorentwurfs vorgeschlagen wurde ⁷, wahrscheinlich in der Meinung, jene generell gültige Bestimmung müsse an den Anfang gestellt werden. Dabei erwähnte man im neuen Abs. 1 auch die Bedingung, unterliess es aber, hinsichtlich der Vollziehungsmöglichkeiten zu differenzieren. Es handelt sich also um ein Redaktionsversehen ⁸.

Trifft nun der Erblasser eine bedingte Anordnung, was in Verfügungen von Todes wegen seltener zu finden ist als Auflagen, so tritt die damit zusammenhängende Zuwendung in einen Schwebezustand. Bei einer Suspensivbedingung ist mindestens im Zeitpunkt der Abfassung der letztwilligen Verfügung die Wirksamkeit der Zuwendung wegen der Bedingung noch ungewiss; bei einer Resolutivbedingung muss immer damit gerechnet werden, dass die bereits wirksam gewordene Verfügung wieder dahinfällt. Das definitive Schicksal der Zuwendung hängt bei einer kasuellen Bedingung davon ab, ob das Ereignis, das zur Bedingung erhoben wurde, eintritt oder nicht, bei der Potestativbedingung davon, ob der Zuwendungsempfänger das ihm zur Bedingung gemachte Verhalten befolgt oder nicht. Die Erfüllung einer Bedingung kann nicht erzwungen werden; der Beschwerter muss einfach bei Nichterfüllung bzw. Nichteintritt die Konsequenzen in Form des Wegfalls der Zuwendung tragen.

Anders verhält es sich bei der Auflage. Hier entsteht der Schwebezustand nicht; die Wirkungen einer auflagebeschwerten Zuwendung entfalten sich sofort und können auch nicht wegen Eintretens eines bestimmten Ereignisses wieder dahinfallen ⁹. Die Sanktionen für den Fall,

7 Prot. der ExpK, S. 127.

8 Tuor, N 22 zu Art. 482; Herzer, S. 86; Brenni, S. 41.

9 Anders im österreichischen Recht, wo im Gesetz ausdrücklich statuiert ist, dass die Nichterfüllung der Auflagen als auflösende Bedingung zu behandeln sei: die Zuwendung fällt also im Zweifel bei Nichterfüllung ohne weiteres dahin. Vgl. ABGB § 709.

dass der Beschwerde die Auflage nicht freiwillig befolgt, bestehen hier in einem Erfüllungszwang; jedermann, der ein Interesse hat, kann die Vollziehung verlangen¹⁰. "Im einen Fall ist also die Erfüllung der Leistung Voraussetzung, im anderen die Verpflichtung zur Leistung Folge des Anfalles der Zuwendung"¹¹.

b. Bedingung als Nebenbestimmung

Ein weiterer Unterschied, der durch die undifferenzierte Zusammenfassung von Auflagen und Bedingungen in der gleichen Bestimmung verwischt wird, liegt darin, dass Bedingungen immer unselbständig sind, während Auflagen auch als selbständige Verfügungen vorkommen.

Bedingungen müssen immer eine andere Verfügung begleiten; sie legen nur die Voraussetzungen fest, unter denen eine Verfügung von Todes wegen ihre Wirkung entfalten soll. Zuwendung und Bedingung sind untrennbar miteinander verbunden. Testiert z.B. ein Zahnarzt, der Sohn seines Freundes erhalte seine Praxiseinrichtung, wenn er diesen Beruf ergreife, so wird das Vermächtnis nur wirksam, wenn der Vermächtnisnehmer den Zahnarztberuf wählt.

Auch bei Auflagen ist eine solche Abhängigkeit von einer andern Verfügung möglich. Hier kann man das Beispiel vom Vermächtnis an den bekannten Künstler anführen, der mittels Auflage verpflichtet wird, von der Frau des Erblassers ein Porträt zu erstellen. Auflagen können jedoch nicht nur einer andern Anordnung angefügt werden, wie man aus ZGB Art. 482 Abs. 1 und auch aus Abs. 2 schliessen könnte,

10 Dazu kommt bei der Schenkung die Möglichkeit der Rückforderung der Zuwendung durch den Schenker im Falle der ungerechtfertigten Nichterfüllung einer Auflage, OR Art. 249 Ziff. 3. Die Möglichkeit, die erbrechtliche Zuwendung wegen Nichterfüllung einer Auflage rückgängig zu machen, besteht in Frankreich; vgl. CC fr. Art. 1046 und 953 ff. und hinten § 12 Anm. 25, S. 78.

11 Staudinger/Seybold, N 3 vor § 2192.

sondern sind als eigenständige Verfügungen von Todes wegen denkbar: Bestimmt ein Erblasser in seinem Testament, eine Summe müsse für die touristische Entwicklung und Förderung einer Bergregion eingesetzt werden, so liegt eine als Auflage zu interpretierende selbständige Verfügung von Todes wegen vor.

C. Verbindung von Auflagen und Bedingungen

Die Verbindung zwischen einer Auflage und einer Bedingung ist in der Form denkbar, dass eine Bedingung zu einer Auflage hinzutritt. Als Beispiel für eine suspensiv bedingte Auflage kann man die Anordnung des Erblassers sehen, er spende Fr. 50'000.-- für Arbeitslose, wenn sein Vermögen bei seinem Tod noch mindestens Fr. 500'000.-- betrage. Ein Legat mit dem Zusatz, es müsse, ohne dass der Bedachte darüber verfügen könne, in der Verwaltung einer Bank bleiben, bis der Adressat 25 Jahre alt sei, wurde unrichtigerweise auch als suspensiv bedingte Auflage angesehen¹². Dieser Auffassung kann nicht beige-pflichtet werden, weil hier überhaupt keine Bedingung zu finden ist. Es handelt sich um eine unbedingte Auflage. Deren Wirksamkeit hängt nicht von einem künftigen Ereignis ab, sondern sie kann jederzeit durchgesetzt werden.

Es ist jedoch auch möglich, dass eine andere Verfügung, z.B. ein Vermächtnis oder eine Erbeinsetzung, gleichzeitig mit einer Auflage und mit einer Bedingung versehen ist. Hier ist v.a. der Fall denkbar, in dem die Nichterfüllung der Auflage zur Resolutivbedingung erhoben wird, wie dies in Oesterreich von Gesetzes wegen vorgesehen ist (vgl. ABGB § 709). Zwischen einer auf-lagebeschwerten und einer mit auflösender Bedingung versehenen Verfügung besteht nämlich insofern eine gewisse Verwandtschaft, als in beiden Fällen deren Rechtswirkun-

12 Aufsatz J. Thalberg in ZBJV 83, 507.

gen sofort eintreten. Im Unterschied zur Auflage, die erzwingbar ist, lässt die Resolutivbedingung bei ihrem Eintritt die Zuwendung dahinfallen. Der Erblasser kann nun, um die Wirkungen seiner Anordnung zu verstärken, eine Verbindung der beiden Sanktionen vorsehen¹³. Er vermacht z.B. seine Liegenschaft der Gemeinde, verbindet diese Zuwendung mit der Auflage, es müsse dort ein kulturelles Zentrum entstehen und ordnet für den Fall der Nichtbefolgung an, dass das Vermächtnis dahinfalle. Hier gilt meines Erachtens die auflösende Bedingung als erfüllt, sobald die Durchsetzung der Auflage vergeblich versucht wurde oder nicht mehr zu erreichen ist, mit der Folge, dass die Zuwendung dahinfällt.

D. Unpräzise Ausdrucksweise in der Verfügung von Todes wegen

Es hat sich gezeigt, dass es im Resultat keineswegs dasselbe ist, ob man es mit einer Bedingung oder mit einer Auflage zu tun hat. Daher ist es praktisch wichtig, zu wissen, welche Rechtsform im konkreten Fall gewollt ist. Dies lässt sich nun nicht immer problemlos dem Wortlaut der Verfügung entnehmen, sei es, dass der Testator die juristischen Ausdrücke überhaupt nicht verwendet, sei es, dass er sie falsch gebraucht¹⁴. Eine genaue Kenntnis der Fachbegriffe darf nicht vorausgesetzt werden¹⁵.

Beispiele für eine unrichtige oder unklare Ausdrucksweise finden sich oft; insbesondere wird der in der Alltagssprache geläufigere Begriff der Bedingung auch dort verwendet, wo eine Auflage gewollt

13 Vgl. Staudinger/Seybold, N 3 vor § 2192; Beck, S. 90; vgl. aber Müller, S. 273/274, der an eine Verbindung von Auflage und Bedingung nicht denkt, sondern in solchen Fällen nur von einer bedingten Zuwendung (ohne Auflage) spricht.

14 Vgl. Savigny, S. 231: "Auch hier sind die gebrauchten Worte unsichere Führer."

15 Escher, N 15, Einleitung: Die Verfügung von Todes wegen, S. 109; Picononi, S. 67; Tuor, N 15 vor Art. 481.

ist. So stiess ich bei der Durchsicht von Testamenten auf folgende Anordnung: "Mit diesem Vermächtnis verknüpfe ich die Bedingung, dass dieses prächtige Bauwerk der Vergangenheit mitsamt seinem Umschwung den kommenden Generationen in gutem Zustand erhalten bleibt." Hier war jedoch eine Auflage gemeint. In einem Bundesgerichtsentscheid ist im Zusammenhang mit Anordnungen, die eine Liegenschaft betreffen, von Bedingungen die Rede, obwohl man eine Reihe von Auflagen vor sich hat¹⁶. Im Fall, in dem der Vater seinem jüngsten Sohn "Fr. 5'000.-- für Staatsexamen und Doktorarbeit" vermacht, kann der Wortlaut des Testaments allein keine Klarheit darüber schaffen, in welche Richtung der Wille des Erblassers ging. Es könnte ein bedingtes oder ein mit Auflagen belastetes Vermächtnis vorliegen; vielleicht hat der Erblasser auch nur das Motiv der Zuwendung angeben wollen. Einzig mit Hilfe von weiteren, ausserhalb des Testaments liegenden Informationen und Anhaltspunkten kann hier der wirkliche Wille des Erblassers eruiert werden.

Diese Beispiele zeigen deutlich, dass man sich nicht auf den Wortlaut allein verlassen darf. Es geht darum, durch Auslegung den in der Erklärung zwar auf irgendeine Weise angedeuteten, jedoch nur unvollständig zum Ausdruck gebrachten Willen des Testators zu erschliessen. Dabei ist es notwendig und auch zulässig, Auslegungsmaterial wie z.B. Informationen über den Erblasser, seine Beziehungen, seine Absichten, aus weiteren Quellen zu beschaffen, um damit richtig verstehen zu können, was sein Wille war.

¹⁶ BGE 45 I 218; vgl. auch BGE 80 II 261 C, woraus sich entnehmen lässt, dass das Tribunale d'appello del Cantone Ticino - allerdings im Zusammenhang mit einer Schenkung - zwar von einer Bedingung spricht, diese dann aber doch als Auflage behandelt.

Diese Möglichkeit für die materielle Testamentsauslegung anerkennen auch Lehre und Rechtsprechung in konstanter Praxis. Das Bundesgericht schreibt: "Pour interpréter un testament, le juge doit partir de son texte, qui seul exprime valablement la volonté du disposant. Il peut cependant recourir aux circonstances extrinsèques lorsqu'elles éclairent le sens de la volonté manifestée dans les formes légales par le testateur" ¹⁷.

Hat der Erblasser in der Testamentsurkunde keine Einschränkung einer Verfügung in Form einer Bedingung oder einer Auflage ausgedrückt, so darf eine solche auch mit Hilfe von aussenstehenden Tatsachen nicht hineininterpretiert werden. Nicht direkt im Testament enthaltene Tatsachen darf man aber dann heranziehen, wenn aus dem Wortlaut hervorgeht, dass der Testator eine Einschränkung wollte, aber die Rechtsform nicht klar ist ¹⁸.

§ 6 Abgrenzung von Vermächtnis

Zwischen Vermächtnis und Auflage besteht eine enge Verwandtschaft. Im Vergleich mit der rudimentären Regelung der Auflage im ZGB ist das Vermächtnis recht ausführlich behandelt. Deshalb kommt in verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Auflage eine analoge Anwendung der Vorschriften für Vermächtnisse in Frage. Oft haben sich die Gerichte mit dem Problem zu befassen, ob es sich bei einer Testamentsklausel um eine Auflage oder um ein Vermächtnis handle, und es

17 BGE 91 II 269; vgl. auch 47 II 28 (ausführlich); 100 II 446; Escher, N 13, Einleitung: Die Verfügung von Todes wegen, S. 106; Piconi, S. 67 und 73; Tuor, N 14 vor Art. 481; Fahrländer, S. 44 ff.

18 Vgl. das oben erwähnte Beispiel, wo der Testator Fr. 5'000.-- für Doktorarbeit und Staatsexamen verspricht. Hier ist eine Andeutung vorhanden, die aber nicht von vorneherein klar ist.

ist vorgekommen, dass die Vorinstanz etwas als Auflage qualifizier-
te, was in den Augen des Bundesgerichts ein Vermächtnis war ¹⁹.

A. Abgrenzungskriterien

"Nach schweizerischem Recht ist das Vermächtnis eine Verfügung von
Todes wegen, die einer Person - dem Vermächtnisnehmer - das Recht
auf einen Vermögensvorteil in Form einer Forderung gegen einen oder
mehrere Erben oder Vermächtnisnehmer gewährt" ²⁰.

Wenn man diese Begriffsumschreibung des Vermächtnisses mit derjeni-
gen der Auflage vergleicht, so zeigt sich die grosse Aehnlichkeit
zwischen diesen Rechtsinstituten. Es handelt sich bei beiden um eine
Verfügung von Todes wegen in dem Sinn, dass es vom ZGB zugelassene
Einzelanordnungen des Erblassers sind. Beide können entweder den
Erben oder Vermächtnisnehmer belasten ²¹.

Als erster Unterschied fällt aber auf, dass die Leistung beim Ver-
mächtnis darin bestehen muss, dem Bedachten einen Vermögensvorteil
zukommen zu lassen, während bei der Auflage keine solche Beschrän-
kung des Leistungsinhalts gegeben ist. Dann muss beim Legat der Erb-
lasser selber den Vermögensvorteil einer bestimmten Person zuweisen;
bei der Auflage ist einfach von einer Leistung zu einem vom Erblas-
ser bezeichneten Zweck die Rede.

Schon damit ist aufgezeigt, dass der Vermächtnisbegriff gegenüber
demjenigen der Auflage einschränkende Erfordernisse enthält. Sind

19 Vgl. z.B. BGE 103 II 225 und nicht veröffentlichter Entscheid der Genfer Cour
de Justice vom 24.6.1977.

20 Piotet, S. 125; vgl. auch Escher, N 1 zu Art. 484; Tuor, N 4 zu Art. 484.

21 Ist ein Vermächtnisnehmer wiederum mit einem Vermächtnis belastet, so hat man
ein Nach- oder Untervermächtnis vor sich.

diese gegeben, so ist eine Testamentsklausel als Vermächtnis anzuschauen; fehlt es entweder an der Zuweisung eines vom Erblasser festgesetzten Vermögensvorteils oder ist die Person des Zuwendungsempfängers nicht klar bestimmt, so muss eine Anordnung unter den weiter gefassten Begriff der Auflage subsumiert werden²².

a. Bezeichnung eines Begünstigten

Wie sich aus den bisher zitierten Beispielen für Auflagen gezeigt hat²³, muss der Testator nicht immer einen Begünstigten bezeichnen; er kann Auflagen auch im eigenen Interesse aufstellen. Weiter steht es ihm frei, eine nicht näher bestimmte Personenmehrheit als mögliche Leistungsempfänger zu nennen oder Auflagen im Interesse des Beschwerten selbst anzuordnen, ohne damit seine Verfügung zu einer ungültigen zu machen. Seltener sind dagegen die Fälle, in denen eine bestimmte Person bereits vom Erblasser als Auflagebegünstigte bezeichnet ist. Für eine Auflage ist es einzig wichtig, dass der vom Erblasser gewollte Zweck irgendwie in der Verfügung zum Ausdruck kommt; daraus lässt sich dann auch der Kreis der möglichen Begünstigten ableiten.

Beim Vermächtnis besteht das klare Erfordernis, dass der Erblasser selbst entscheiden muss, wem er das Legat zukommen lassen will. Aus der Verfügung von Todes wegen muss sich ergeben, wer der Empfänger

22 Vgl. Beck, S. 89; Herzer, S. 52 mit Hinweis auf die Motive zum BGB; BGE 101 II 28: "Ueberhaupt spricht die Vermutung für das Vorliegen eines Vermächtnisses, wenn in einer letztwilligen Verfügung eine bestimmte Person vermögensrechtlich begünstigt wird". Vgl. aber BGE 105 II 253 ff., insbesondere Erw. 2 b-d, wo das Bundesgericht die Verfügung, ein bestimmter Betrag müsse von einer ersten Vermächtnisnehmerin einer zweiten übergeben werden, sowohl unter dem Gesichtspunkt der Auflage als auch unter dem Gesichtspunkt des Nachvermächtnisses untersuchte. Hier sind jedoch die einschränkenden Erfordernisse des Vermächtnisses erfüllt, die Auflage muss nicht herangezogen werden.

23 Vgl. insbesondere vorne § 2, S. 9 ff.

sein soll, sei es, dass der Erblasser den Namen nennt, sei es, dass er indirekt auf eine bestimmte Person verweist²⁴. Dieses Erfordernis kennt nach schweizerischem Recht keine Auflockerungen. Es leitet sich aus dem höchstpersönlichen Charakter der Verfügung von Todes wegen ab. In den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB schreibt Eugen Huber: "Dass die Verfügung nur durch den Erblasser in eigener Person und mit Ausschluss jeder Vertretung errichtet werden muss, halten wir durch Art. 492 (heute Art. 467) in Verbindung mit den Formvorschriften der Art. 520 ff. (heute Art. 498 ff.) genugsam hervorgehoben"²⁵. Damit ist auch die Begründung gegeben, weshalb keine Norm im ZGB den Ausschluss der Stellvertretung bei Verfügungen von Todes wegen ausdrücklich erwähnt: Man hielt es für selbstverständlich. Auch heute ist diese Ansicht in Lehre und Rechtsprechung unangefochten²⁶.

Aus Art. 484 ZGB geht hervor, dass der Erblasser einem Bedachten einen Vermögensvorteil zukommen lassen muss. Dies bedeutet für das Vermächtnis, dass sowohl der Zuwendungsempfänger als auch der Vermächtnisgegenstand vom Erblasser festzulegen sind.

Der Auflagebegriff hingegen ist weiter gefasst. Dort ist der Testator nur gehalten, den von ihm verfolgten Zweck festzulegen, um eine Verfügung zu haben, die den Anforderungen an eine höchstpersönliche Willensbildung genügt.

24 Eine genügend klare indirekte Bezeichnung liegt z.B. dann vor, wenn er von allen seinen Nichten oder von seinem Hausarzt spricht.

25 Erl. I, S. 384.

26 Vgl. Escher, N 4 vor Art. 467; Tuor, N 5 vor Art. 467; Beck, S. 37 und 39/40; Piotet, S. 84 ff.; BGE 68 II 155 ff., wo ein Vermächtnis zugunsten des katholischen Ordens Sacré-Coeur im Elsass oder in der Schweiz wegen ungenügender Bezeichnung des Vermächtnisempfängers für nicht wirksam erklärt wurde. BGE 81 II 28, Erw. 6 entschied, dass Zuwendungen aus dem Nachlass an katholische Priesteramtskandidaten nicht als Vermächtnis behandelt werden können.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass nicht überall so strenge Voraussetzungen an die Bezeichnung des Vermächtnisnehmers durch den Erblasser gelten und damit dieser Unterschied zwischen Vermächtnis und Auflage nicht immer so klar hervortritt wie nach schweizerischem Recht.

Nach deutschem BGB gilt zwar auch der Grundsatz, dass der Zuwendungsempfänger vom Erblasser persönlich bestimmt werden muss (vgl. § 2065 Abs. 2 BGB). Das Gesetz macht aber für das Vermächtnis eine ausdrückliche Einschränkung, indem es zulässt, dass ein Dritter den eigentlichen Leistungsempfänger aus einem vom Erblasser bestimmten Kreis auswählt (vgl. § 2151 BGB). So wäre die Anordnung des Testators, eines seiner Patenkinder solle seine Bibliothek erhalten, in Deutschland als Vermächtnis gültig, während in der Schweiz höchstens eine Auflage gegeben wäre. Auch das österreichische Recht enthält eine Bestimmung, die es zulässt, dass der Erblasser nur die Gruppe von möglichen Zuwendungsempfängern bestimmt, während er die endgültige Auswahl Dritten überlassen darf (vgl. § 651 ABGB).

Nach schweizerischem Recht muss also der Erblasser, wenn er den Begünstigten nicht selbst bezeichnen kann oder will, auf das Institut der Auflage zurückgreifen²⁷. Für die Auflage wird nur gefordert, dass der Testator den von ihm verfolgten Zweck umschreibt; eine genaue Bezeichnung von Bedachten ist nicht nötig. Insoweit steht auch bei uns dem Erblasser eine Möglichkeit offen, die Bestimmung der Person, die seine Zuwendung erhalten soll, Dritten zu überlassen, ohne die Ungültigerklärung der Verfügung befürchten zu müssen.

Es ist noch zu erwähnen, dass es ohne weiteres möglich ist, dass der Erblasser bei einer Auflage einen Begünstigten bezeichnet. Dann kann

27 Vgl. dazu Moser, in SJZ 12, 241 ff., insbesondere 243. Vgl. auch ZR 1, 313, wo gesagt wird, dass sich das Vermächtnis gegenüber dem allgemeineren Begriff der Auflage als ein Spezialfall darstelle.

die Abgrenzung zum Vermächtnis nicht so gezogen werden, dass man sagt, der Auflagedestinatär habe im Gegensatz zum Vermächtnisnehmer kein Forderungsrecht. Denn ein aus einer Auflage Begünstigter kann entgegen der in der Schweiz herrschenden Lehre ohne weiteres als Vollziehungsberechtigter eine Forderung gegen den Beschwerten besitzen²⁸.

b. Vermögensvorteil

Ist jemand direkt vom Erblasser als Begünstigter bezeichnet, so lässt sich die Unterscheidung zwischen Vermächtnis und Auflage treffen, wenn man nach dem möglichen Gegenstand von Legat und Auflage fragt. Handelt es sich um die Zuwendung eines bereits vom Erblasser klar bestimmten Vermögensvorteils an die betreffende Person, so ist auch das zweite gegenüber der Auflage einschränkende Erfordernis gegeben, und man hat ein Vermächtnis vor sich²⁹.

Die Zuwendung eines Vermögensvorteils bedeutet, dass der Gegenstand des Vermächtnisses für den Bedachten einen direkten oder indirekten Vorteil mit Vermögenscharakter bringen muss. In ZGB Art. 484 Abs. 2 findet sich eine beispielhafte Aufzählung von möglichen Vermächtnisobjekten. In den häufigsten Fällen wird der Erblasser eine Geldsumme oder eine bestimmte Sache, z.B. eine Liegenschaft oder ein Möbelstück vermachen.

28 Das Vorliegen eines Forderungsrechts des Auflagebegünstigten wird in § 4 E, S. 28 ff. begründet. Vgl. aber Tuor, N 10 zu Art. 482; Brenni, S. 54; Herzer, S. 40; Stifel, S. 72; Piotet, S. 148, die gerade das fehlende Forderungsrecht des Auflagebegünstigten als Hauptabgrenzungskriterium benützen. Escher, N 19 zu Art. 482 begründet die Ablehnung des Forderungsrechts damit, dass sonst der Unterschied zum Vermächtnis verwischt würde; dies ist jedoch nicht der Fall. Zur Vollziehungsberechtigung des Auflagebegünstigten vgl. § 12 B a, S. 80 f.

29 Vgl. ZGB Art. 484 Abs. 1; SJZ 51, 347: Hier wurde mit dem Hinweis auf den fehlenden Vermögensvorteil die Annahme eines Vermächtnisses verworfen. BGE 100 II 444: "Gegenstand eines Vermächtnisses bzw. Vorausvermächtnisses kann jeder Vermögensvorteil sein."

Der Gegenstand der Auflage hingegen ist nicht auf die Zuwendung von Vermögensvorteilen beschränkt ³⁰. Als etwas theoretische Beispiele für Auflagen ohne Vermögenscharakter an eine bestimmte Person werden genannt: die jemandem erteilte Erlaubnis, im Park der Liegenschaft des Erblassers zu spazieren oder Einsicht in seinen Briefwechsel mit einer bekannten Persönlichkeit zu nehmen. Auch diesbezüglich ist der Auflagebegriff weiter als der Vermächtnisbegriff. Sind nun in einem konkreten Fall die einschränkenden Erfordernisse für ein Vermächtnis erfüllt so muss man nicht auf den weiter gefassten Begriff der Auflage zurückgreifen ³¹.

Deshalb kommt es relativ selten vor, dass ein Auflagebegünstigter eine Leistung direkt an sich fordern kann; solche Verfügungen sind immer dann, wenn sie einen vom Erblasser genügend klar bezeichneten Vermögensvorteil zum Inhalt haben, als Vermächtnisse zu interpretieren.

Es scheint mir richtig, dass das Bundesgericht dort ein Vermächtnis für gegeben erachtete, wo der Testator dem Erben die Verpflichtung auferlegte, jemandem eine Wohnung gegen einen besonders günstigen Mietzins zur Benützung zu überlassen ³². Im wesentlichen mit der Begründung, dass die Bedachte ja noch einen Mietzins bezahlen müsse und überhaupt keine Forderung erwerbe, hatte dagegen die Genfer Cour de Justice als Vorinstanz die Annahme eines Vermächtnisses abgelehnt.

30 Vgl. hinten § 9, S. 59 ff. Bedeutend häufiger als Auflagen ohne Vermögenscharakter zugunsten einer bestimmten Person sind allerdings Auflagen ohne jeden vermögensrechtlichen Charakter in Fällen, in denen überhaupt ein Begünstigter fehlt.

31 Vgl. Beck, S. 89; BGE 101 II 27/28: "Kann aber jemand aus eigenem Interesse eine Leistung aus einer Verfügung von Todes wegen verlangen, so liegt in der Regel nicht eine Auflage, sondern ein Vermächtnis vor". Zu dieser Formulierung ist zu sagen, dass das Bundesgericht damit vielleicht unbewusst die Möglichkeit, dass der Auflagebegünstigte Forderungsberechtigter sein kann, nicht ausschliesst. Vgl. auch BGE 103 II 226.

32 BGE 103 II 225 = Pr. 67 Nr. 26.

"En effet, l'intimée, ..., ne se voit attribuer aucun droit de créance contre l'appelante, à l'égard de laquelle elle devient au contraire débitrice du montant du loyer" ³³. Zwar anerkannte das Gericht einen indirekten Vermögensvorteil für die Bedachte, weil sie besonders günstig wohnen konnte, wollte dies aber für die Annahme eines Vermächtnisses nicht genügen lassen. "Il n'en reste pas moins que l'intimée ne pouvait pas considérer que cet appartement entraît dans son patrimoine." Mit Recht hielt das Bundesgericht dann der kantonalen Instanz vor, sie gehe von einer zu engen Konzeption des Vermächtnisses aus und verwies auf die weite Fassung von ZGB Art. 484 Abs. 2. "Ainsi, n'importe quelle prestation susceptible d'être l'objet d'une obligation et destinée à procurer un avantage patrimonial peut être due par le débiteur du legs" ³⁴.

In solchen Fällen ist nicht einfach das Vermächtnis deshalb zu verneinen, weil der Bedachte auch eine Leistung erbringen muss, sondern man muss prüfen, ob er trotz eigener Leistung einen direkten oder indirekten Vermögensvorteil aus der Zuwendung zieht. In gleichem Sinn entschied das St. Galler Kantonsgericht in einem Fall, in dem der Erblasser die gesetzlichen Erben verpflichtete, jemandem ein Grundstück zu einem vom Erblasser bestimmten günstigen Preis zu überlassen. Es legte dies mit ausführlicher Begründung als Vermächtnis aus ³⁵.

Schliesslich ist es meiner Ansicht nach richtig, auch dann ein Vermächtnis anzunehmen, wenn der Testator dem Erben einer Liegenschaft die Verpflichtung aufgibt, einen z.B. bei der späteren Veräusserung erzielten Mehrerlös mit den Miterben zu teilen. Das Bundesgericht

33 Unveröffentlichtes Urteil der Genfer Cour de Justice vom 24.6.1977, S. 10.

34 BGE 103 II 227.

35 SJZ 45, 224; vgl. aber Escher, N 4 zu Art. 484, der hier eher der Auflage zuneigt, allerdings ohne dies näher zu begründen.

hat aber eine solche Testamentsklausel ohne nähere Begründung als Auflage, nicht als bedingtes Vermächtnis, behandelt ³⁶.

Diese Abgrenzung ist nicht immer leicht vorzunehmen. Es ist aber meines Erachtens richtig, dass man immer dann auf ein Vermächtnis schliesst, wenn aus der Verpflichtung des Beschwerten für den Begünstigten noch ein direkter oder indirekter Vermögensvorteil resultiert.

Es genügt für das Vermächtnis aber nicht, dass der Erblasser jemandem einen nicht näher bestimmten Vermögensvorteil vermacht. Seine Verfügung muss vollständig sein; dazu gehört auch die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung. Er darf es wiederum nicht dem Willen eines Dritten überlassen, die genaue Höhe des Vermächtnisses oder die vermachte Sache zu bestimmen ³⁷. Allerdings ist diesem Erfordernis bereits Genüge getan, wenn das Vermächtnisobjekt aufgrund der Verfügung des Erblassers objektiv bestimmbar ist ³⁸.

B. Konversion eines ungültigen Vermächtnisses in eine Auflage

Es kann sich bei der Auslegung des Testamentes ergeben, dass der Wille des Erblassers auf die Ausrichtung eines Vermächtnisses ging, für ein solches aber ein Erfordernis - die klare Bestimmung des Vermächtnisnehmers oder des Gegenstandes - fehlt. Vielleicht liesse

36 BGE 87 II 355 ff.; vgl. auch ZBJV 73, 88 f. Hier erwähnt der Berner Appellationshof zwar die Abgrenzungsfrage, entscheidet sich dann aber nicht für das Vermächtnis, da man im vorliegenden Fall mit beiden Varianten das gleiche Resultat erreichte.

37 Vgl. Beck, S. 76; Escher, N 4 vor Art. 467; BGE 89 II 278: "Grundsätzlich muss er (der Erblasser) auch selber das Mass der Beteiligung der einzelnen Bedachten bestimmt haben. Immerhin ist beim Fehlen einer abweichenden Angabe die Zuweisung zu gleichen Teilen zu vermuten."

38 Vgl. Beck, S. 76. Es darf einfach nicht noch ein Willensakt eines Dritten nötig sein.

sich jedoch die als Vermächtnis nichtige testamentarische Anordnung³⁹ in eine gültige Auflage umwandeln, bestehen doch hier weniger strenge Voraussetzungen als für ein Legat⁴⁰. So genügt es für eine Auflage, wenn der Erblasser den von ihm gewünschten Zweck umschreibt, eine Bestimmung von Begünstigten oder des genauen Leistungsumfanges ist nicht nötig.

Nach von Tuhr/Peter spricht man von einer Konversion, "wenn ein Geschäft so, wie es gewollt ist, den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht, dabei aber den Erfordernissen eines anderen Geschäftes von ähnlichem Zweck und Erfolg genügt. An Stelle des nichtigen Rechtsgeschäftes wird das andere Geschäft als zustande gekommen betrachtet, wenn anzunehmen ist, dass dieses Rechtsgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts gewollt sein würde"⁴¹.

Dieses Vorgehen im Erbrecht entspricht dem Gedanken des favor testamenti. Man muss sich dabei auf den hypothetischen Willen des Erblassers abstützen können. Ist anzunehmen, dass der Testator, wäre er sich der Ungültigkeit des von ihm gewünschten Geschäfts bewusst gewesen, ein anderes gewählt hätte, um seine Anordnungen aufrechterhalten zu können, so scheint eine Konversion gerechtfertigt.

Ein Erblasser vermachte sein Schloss und Gut dem Orden Sacré-Coeur im Elsass oder in der Schweiz, die definitive Wahl zwischen den beiden in Frage kommenden Vermächtnisnehmern überliess er X und Y,

39 Ein Vermächtnis, welches unvollständig ist, verstösst gegen den höchstpersönlichen Charakter von Verfügungen von Todes wegen und ist nichtig, nicht nur als ungültige Verfügung im Sinne von ZGB Art. 519 anfechtbar. Vgl. Piotet, JdT 1969, 171; Beck, S. 40.

40 Ueber die Zulässigkeit und die Voraussetzungen der Konversion im allgemeinen vgl. v. Tuhr/Peter, S. 228 f.; Piotet, JdT 1969, 171 f.; Escher, N 5 zu Art. 484; Piconi, S. 71.

41 Von Tuhr/Peter, S. 228 f.

denen er die lebenslängliche Nutzniessung an Schloss und Gut hatte zufallen lassen ⁴². Das Vermächtnis war mit der Auflage beschwert, in dem vermachten Gut ein Erholungsheim für Priester einzurichten. In diesem Fall wäre es denkbar gewesen, das wegen der ungenügenden Bezeichnung des Vermächtnisnehmers nichtige Vermächtnis in eine Auflage zulasten der gesetzlichen Erben umzuwandeln. Die Erben wären dann verpflichtet gewesen, einer der Ordensniederlassungen die Zuwendung zukommen zu lassen, welche ihrerseits die ursprünglich mit dem Vermächtnis verbundene Auflage zu erfüllen gehabt hätte. Das Bundesgericht hat aber in BGE 76 II 202 ff. die Lösung gewählt, dass es die anfänglich dem Vermächtnis beigefügte Auflage, ein Erholungsheim für Priester zu errichten, wie eine direkt den gesetzlichen Erben auferlegte Auflage behandelte ⁴³. Letztere Lösung ist vielleicht einfacher, erstere entspricht eher dem Willen des Erblassers, da er einen Orden für die Erfüllung seiner Auflage für geeignet hielt.

An dieser Stelle ist noch auf ZGB Art. 539 Abs. 2 hinzuweisen, der oft in Fällen zum Zug kommen wird, in denen für ein gültiges Vermächtnis ein Erfordernis fehlt. Nach der ersten Variante von ZGB Art. 539 Abs. 2 soll eine Zuwendung unter Zweckbestimmung an eine Personenmehrheit ohne Rechtspersönlichkeit als Zuwendung an die einzelnen Personen unter Auflage ausgelegt werden. In zweiter Linie sieht ZGB Art. 539 Abs. 2 jedoch eine Umwandlung einer den Erfordernissen der beabsichtigten Verfügung nicht genügenden Verfügung in eine Zuwendung an eine von Todes wegen errichtete Stiftung gemäss

42 Vgl. BGE 68 II 155 ff.

43 Bei diesem Vorgehen handelt es sich meines Erachtens entgegen Picononi, S. 71 nicht mehr um eine Umwandlung eines nichtigen Vermächtnisses in eine Auflage, sondern der Inhalt des Vermächtnisses wurde ganz fallengelassen, die ursprünglich damit verbundene Auflage aber in analoger Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 2 aufrechterhalten.

ZGB Art. 493 vor ⁴⁴. Denkbar, aber in ZGB Art. 539 Abs. 2 nicht enthalten wäre auch eine Umwandlung in eine unselbständige Stiftung. Statt eines nichtigen Vermächtnisses an eine nicht klar umschriebene Personenmehrheit, z.B. an bedürftige Studenten, würde neu ein Vermächtnis an eine vorhandene Institution, verbunden mit der Auflage, das Zugewendete für den vom Erblasser gewünschten Zweck zu verwenden, angenommen ⁴⁵.

§ 7 Abgrenzung von der Stiftung

A. Erscheinungsformen der Stiftung im Zusammenhang mit dem Erbrecht

Es kommt vor, dass ein Erblasser einen Teil seines Vermögens für gemeinnützige Zwecke verwendet wissen will. Dafür bietet sich die Stiftung als geeignetes Instrument an, wobei einem Testator verschiedene Wege offenstehen, seine Zuwendungen einer Stiftung zufließen zu lassen.

So kann er selbst eine solche bereits zu Lebzeiten errichten und in der Verfügung von Todes wegen Zuwendungen an dieses zum Zeitpunkt des Todes bestehende Rechtssubjekt vorsehen. Er hat auch die Möglichkeit, eine nicht von ihm errichtete Stiftung zu bedenken, indem er sie als Erbin oder Vermächtnisnehmerin einsetzt.

44 Vgl. Escher, N 4 ff. zu Art. 539, der in der ersten der in ZGB Art. 539 Abs. 2 genannten Möglichkeiten ebenfalls eine reine Auslegung sieht, für den zweiten Fall auch von "gesetzlicher Konversion" spricht. Beck, S. 94 stellt ZGB Art. 539 Abs. 2 gesamthaft unter den Auslegungsregeln vor; Tuor/Pictoni, N 6 zu Art. 539 spricht auch von Auslegung. Piotet, S. 149 und 213 hingegen hält beide in 539 Abs. 2 vorgesehenen Möglichkeiten für Beispiele von Umwandlungen.

45 Vgl. Escher, N 6 zu Art. 539 und Tuor/Pictoni, N 9 zu Art. 539.

Der Erblasser möchte vielleicht auch die Verwendung seiner Zuwendung auf einen Zweig des Stiftungszwecks beschränkt sehen; er versieht zu diesem Zweck seine Zuwendung an eine Stiftung mit einer Auflage. Damit hat er eine unselbständige Stiftung errichtet.

Einen andern Weg öffnen ZGB Art. 493 in Verbindung mit ZGB Art. 81. Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung eine Stiftung errichten und dieses Vermögen zuwenden, obwohl sie zur Zeit des Todes des Erblassers nicht im Handelsregister eingetragen ist und damit noch keine Rechtspersönlichkeit erworben hat⁴⁶. Die Dotierung einer letztwillig errichteten Stiftung kann er auch Erben oder Vermächtnisnehmern überlassen, indem er sie mit einem Vermächtnis bzw. Unter- oder Nachvermächtnis beschwert.

Schliesslich hat der Erblasser die Möglichkeit, die Stiftungserrichtung andern aufzutragen. Dies geschieht mittels Auflage an die Erben oder Vermächtnisnehmer.

Die Möglichkeit der Umwandlung einer als sonstige Verfügung ungültigen Zuwendung unter Zweckangabe in eine selbständige Stiftung wurde bereits erwähnt⁴⁷.

46 Normalerweise muss gemäss ZGB Art. 542 jemand den Erbgang in erbfähigem Zustand erleben, um die Erbschaft erwerben zu können.

47 Vgl. ZGB Art. 539 Abs. 2 und vorne § 6 B, S. 49 f.

B. Abgrenzung zwischen einer Zuwendung unter Auflage und einer selbständigen Stiftung

a. Zuwendung unter Auflage

Oft finden sich in Testamenten Zuwendungen an das Gemeinwesen, denen eine Zweckbestimmung beigefügt ist. Ein Erblasser vermacht z.B. seiner Heimatstadt eine Summe für die Erhaltung schützenswerter Bauwerke.

Hier hat man einen Fall einer unselbständigen Stiftung in Form eines Vermächtnisses mit Auflage vor sich⁴⁸. Der Testator macht die Stadt zum Vermächtnisnehmer und ermöglicht ihr dadurch, das Eigentum am Vermächtnisgegenstand zu erwerben. Aber mittels Auflage bestimmt er den Verwendungszweck der Zuwendung; die Bedachte ist in dieser Beziehung nicht frei.

Die unselbständige Stiftung lässt sich umschreiben als Vermögenswidmung an eine natürliche oder juristische Person zu einem bestimmten Zweck. Dabei ist die erbrechtliche Zuwendung unter Auflage nur eine der möglichen Erscheinungsformen der unselbständigen Stiftung. Eine solche kann z.B. auch in der Form einer Schenkung unter Auflage oder eines Auftrages auftreten⁴⁹.

Von einer unselbständigen Stiftung soll immer nur dann gesprochen werden, wenn der beabsichtigte ideale Zweck Vermögen auf längere Dauer bindet. Erst dann hat es einen Sinn, den Begriff der Stiftung ins Spiel zu bringen, wenn die Verwandtschaft mit der im ZGB geregelten selbständigen Stiftung besteht. "Erscheinungen der Rechts-

48 Einzig Müller, S. 114 und 116 cc, nimmt in solchen Fällen ein Vermächtnis ohne Auflage als gegeben an; eine meines Erachtens unsaubere Lösung, da die Zweckbestimmung nirgends untergebracht werden kann.

49 Zu den verschiedenen Erscheinungsformen vgl. Riemer, ST N 419 ff.

wirklichkeit als 'unselbständige Stiftungen' zu qualifizieren ist nur sinnvoll, insofern auf sie, und sei es auch nur in beschränktem Umfang, die analoge Anwendung des Stiftungsrechtes des Bundesprivatrechtes in Betracht fällt" ⁵⁰. Sollte sich nun im Erbrecht für eine in Form einer letztwilligen Zuwendung unter Auflage begründete unselbständige Stiftung in einer bestimmten Frage keine Regelung finden, scheint es mir richtig, eine analoge Anwendung des Stiftungsrechts ins Auge zu fassen. Bei der rudimentären Regelung der erbrechtlichen Auflage, welche bei der unselbständigen Stiftung die Zweckumschreibung enthält, wird dieser Fall nicht selten sein. Insbesondere von der Möglichkeit der Zweckänderung infolge veränderter Verhältnisse im Stiftungsrecht kann man dann auch in Fällen, in denen man eine unselbständige Stiftung vor sich hat, Gebrauch machen ⁵¹. Hat z.B. eine Witwe ihrer Heimatstadt einen Teil ihres Vermögens für ein neues Stadttheater vermacht, ist jedoch inzwischen das alte sorgfältig renoviert worden, so wird man in analoger Anwendung von ZGB Art. 86 einen neuen, am ehesten dem Willen der Spenderin entsprechenden Zweck finden, sei es, dass man den Betrag einem bestehenden Fonds für kulturelle Arbeit zuweist, sei es, dass man ein anderes konkretes Projekt auf dem Gebiet des Theaters damit fördert und unterhält ⁵².

Der Zuwendungsempfänger, welcher dann zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes verpflichtet ist, wird meistens eine juristische Person,

⁵⁰ Riemer, ST N 418, S. 266.

⁵¹ Vgl. Art. 86 ZGB. Riemer, ST N 446 ff. bejahend für den Fall der unselbständigen Stiftung. Diese Lösung im Stiftungsrecht entspricht etwa der von Lehre und Praxis für das Vertragsrecht anerkannten Berufung auf die "clausula rebus sic stantibus". Für den Fall der unselbständigen Stiftung scheint es mir näherliegend, sich auf eine analoge Anwendung des Stiftungsrechts, ZGB 86, zu berufen. Einen Fall der "clausula" vgl. hinten § 12 B b II, S. 86 f.

⁵² Zuständig für diese Zweckänderung ist m.E. der Zivilrichter, da die unselbständige Stiftung keiner Stiftungsaufsicht unterstellt ist. Diese Lösung befürwortet Riemer, ST N 127 für Familienstiftungen, die auch nicht der Aufsicht unterstellt sind.

oft eine juristische Person des öffentlichen Rechts, sein. So machte vor bald 100 Jahren ein polnischer Graf das polnische Nationalmuseum zum Erben seines Vermögens, verpflichtete aber den Erben mittels Auflage, das Geld der Ausbildung polnischer Studenten in der Schweiz zufließen zu lassen⁵³. Oder die Eidgenossenschaft wurde Erbin des Vermögens einer Hochschulprofessorin, musste aber das Vermögen dem "Donationsfonds zur Förderung der maschinentechnischen und elektrotechnischen Wissenschaften der ETH", den der Vater der Erblasserin errichtet hatte, zukommen lassen⁵⁴. Nebst diesen beiden Beispielen finden sich zahlreiche weitere Entscheide, in denen unselbständige Stiftungen vorkommen; immer tritt eine juristische Person als Träger auf⁵⁵.

Denkbar - aber kaum vorhanden - als Träger des gestifteten Vermögens ist auch eine natürliche Person. Dies ist deshalb selten, weil der Erblasser die Dauerhaftigkeit der Zweckverfolgung in den Händen einer juristischen Person eher gewährleistet sieht als bei einer natürlichen Person. Allerdings kann ein Erbe, der mittels Auflage verpflichtet wird, mit einem Teil des ihm zugewendeten Vermögens einen bestimmten Zweck zu verfolgen, seinen Weg selber wählen. Er kann also z.B. eine selbständige Stiftung gründen oder das Vermögen einer

53 BGE 11, 241 ff.

54 BGE 100 I b 233 ff. Im Entscheid selber geht es um eine steuerrechtliche Frage. Vgl. auch BGE 105 II 253 ff., von dem hinten unter b, S. 56 nochmals die Rede sein wird.

55 Vgl. z.B. BGE 46 II 225: Vermächtnis an einen Verein, verknüpft mit der Auflage, die Zinsen für Propagandazwecke zu brauchen. BGE 69 I 28: Vermächtnis an den Kunstverein Winterthur mit der Auflage, Stipendien an Künstler auszurichten. BGE 76 II 202 ff.: Hier war vom Erblasser eine unselbständige Stiftung beabsichtigt, das Vermächtnis wurde aber dann wegen Unvollständigkeit nicht anerkannt. BGE 91 II 266: Ausschnitt aus einem Testament: "... ma fortune ... reviendra à l'Etat du Valais, pour être utilisée comme fonds inaliénable, qui portera mon nom, dans la lutte contre la tuberculose." Vgl. auch VEB 21 Nr. 42; VEB 22 Nr. 28: grundlegend bez. der rechtlichen Stellung der unselbständigen Stiftung; VEB 23 Nr. 35; VEB 26 Nr. 44. Weitere Beispiele bei Riemer, ST N 418 ff.

existierenden Person mit gleicher Zielsetzung überlassen⁵⁶. Dann ist die Verfolgung des Zweckes höchstwahrscheinlich über den Tod des Erben hinaus gewährleistet.

b. Selbständige Stiftung

Wie sich gezeigt hat, zielt die unselbständige Stiftung in Form einer erbrechtlichen Zuwendung unter Auflage darauf ab, ein Vermögen der Verfolgung eines bestimmten Zweckes zur Verfügung zu stellen. Diesbezüglich gleicht sie der selbständigen Stiftung. Hier kommt aber noch ein weiteres Merkmal dazu, welches bei einer unselbständigen Stiftung fehlt. "Es besteht ein neues Subjekt in bezug auf das Vermögen, das nach diesem Willen fortan funktionieren soll, das als juristische Person uns entgegentritt"⁵⁷.

Der Stifter möchte für dieses Vermögen nicht einfach eine Trägerperson suchen, die dann die Verantwortung für den Zweck übernimmt, sondern das Vermögen soll rechtlich verselbständigt werden. Damit schafft er eine gewisse Garantie dafür, dass die Verfolgung eines Zweckes auf die Dauer gewährleistet ist. Er ist nicht abhängig von der Existenz der für die unselbständige Stiftung nötigen Trägerperson.

Auch hier kommt es vor, dass nach dem Testamentswortlaut nicht klar ist, ob der Erblasser eine selbständige oder eine unselbständige Stiftung errichten wollte. Der Gebrauch des Begriffs der Stiftung allein besagt noch nicht, dass eine selbständige Stiftung im Sinne von ZGB Art. 80 ff. gewollt ist, da dieser Ausdruck in der Umgangssprache in einem umfassenderen Sinn gebraucht wird. Im Einzelfall

⁵⁶ Vgl. Riemer, ST N 439.

⁵⁷ Huber, 10 Vorträge, S. 66.

muss durch Auslegung der wirkliche Wille des Erblassers erforscht werden. Ein Beispiel dafür ist die im Wortlaut unklare Zuwendung an "meine Heimatgemeinde Neuhausen zwecks Bildung eines Stiftungsgutes, dessen Zinse zur Unterstützung armer, alter, arbeitsunfähiger, in der Gemeinde Neuhausen wohnender Leute, Einwohner und Ortsbürger verwendet werden sollen" ⁵⁸. Mit Recht wurde diese Anordnung als unselbständige Stiftung behandelt und nicht etwa als Verpflichtung zur Gründung einer selbständigen Stiftung. Der vom Erblasser gewünschte Zweck wird am besten erreicht, indem das Gemeinwesen als Erbe und Träger der Zuwendung erscheint, die belastet ist mit der Auflage, die Mittel einem Fonds zur Unterstützung Armer der Gemeinde zufließen zu lassen. Auch auf diese Weise ist eine dauerhafte Verfolgung des Zweckes gewährleistet.

In der neuen Bundesgerichtspraxis findet sich ein Beispiel für ein besonders vorsichtiges Vorgehen des Erblassers ⁵⁹: X gab in erster Linie dem Willen Ausdruck, der Vermächtnisnehmer solle mit dem ihm zugewendeten Vermögen eine Stiftung errichten. Für den Fall, dass die Stiftungerrichtung angefochten werden sollte, ersetzte der Erblasser die Verpflichtung, eine selbständige Stiftung zu errichten, durch eine unselbständige Stiftung in Form eines Vermächtnisses mit der direkten Auflage an den Vermächtnisnehmer, bestimmte Zwecke zu verfolgen. Hier liegt meines Erachtens zunächst ein mit einer Auflage belastetes Vermächtnis vor. In zweiter Linie sollte dann der Vermächtnisnehmer selbst Träger des Vermögens bleiben. Mit diesem Beispiel lässt sich zeigen, wie mit einer Stiftung oder einer einfachen Zuwendung unter Auflage die gleichen Zwecke verfolgt werden können.

58 BGE 50 II 108; vgl. auch SJZ 33, 121, Nr. 81.

59 BGE 105 II 254.

§ 8 Abgrenzung vom Rat oder Wunsch

Beabsichtigt der Erblasser eine rechtliche Verpflichtung des Angesprochenen, so hat man eine Auflage vor sich. Ein Wunsch oder Rat ist dagegen eine rechtlich unverbindliche Anordnung in einer letztwilligen Verfügung. Der Testator vertraut auf die moralische Verpflichtungswirkung seines Wunsches. Er zieht es vielleicht vor, in einer bestimmten Frage nichts Rechtsverbindliches anzuordnen, weil es ihm an der Grenze des Zulässigen scheint und weil er den andern nicht zu weit dreinreden will. Je nach Inhalt der Anordnung kann eine deutlich ausgesprochene Empfehlung bei den Betroffenen ebenso grosse Wirkung entfalten wie eine Auflage; dies trotz der fehlenden rechtlichen Erzwingbarkeit.

Der klare Unterschied zwischen rechtlich verpflichtender Auflage und unverbindlichem Wunsch lässt sich aber nicht immer leicht aus der Formulierung des letzten Willens erkennen. Es ist wiederum eine Frage der Testamentsauslegung, welche Bedeutung einer Anordnung, die sowohl als Wunsch als auch als Auflage verstanden werden könnte, beizumessen ist ⁶⁰. Eine genaue Kenntnis der technischen Bedeutung eines Ausdrucks darf nicht vorausgesetzt werden ⁶¹. Man muss versuchen, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen, der vielleicht nur unvollkommen oder ungenau aus dem Testamentswortlaut selbst hervorgeht ⁶².

Am ehesten ist an eine unverbindliche Empfehlung zu denken, wenn die Anordnung den Interessen des Adressaten dienen soll ⁶³; doch selbst

60 Vgl. BGE 90 II 476 ff.: Testament von Charles Knie mit dem "Wunsch", dass seine Liegenschaft in Rapperswil nicht veräussert werden solle.

61 Vgl. vorne § 5 D, S. 37.

62 Vgl. vorne § 5 D, S. 37 f.

63 Vgl. Enneccerus/Lehmann, § 125 I, S. 498.

in diesen Fällen bleibt Raum für Auflagen⁶⁴. Liegt eine Anordnung, welche als Wunsch oder Auflage interpretiert werden könnte, nicht allein im Interessenbereich der Beschwerten, sondern geht es um Drittinteressen oder Anliegen des Erblassers, so muss man im allgemeinen schon vorsichtiger sein mit der Annahme eines unverbindlichen Wunsches⁶⁵.

Generell lässt sich feststellen, dass der Begriff des Wunsches in Testamenten oft vorkommt⁶⁶; in nicht allzu seltenen Fällen aber klar als verbindliche Anordnung, unter Umständen als Auflage, interpretiert werden darf und muss⁶⁷. Es bleibt Aufgabe der Betroffenen, in jedem Einzelfall darüber zu entscheiden, was der wirkliche Wille des Erblassers war. Eine allgemeingültige Abgrenzung lässt sich nicht vornehmen.

-
- 64 Vgl. vorne § 4 E a, S. 27 f. Beispiel für solche Auflagen § 2 D, S. 15. Als blosse Wünsche könnte man z.B. Empfehlungen betreffend Zukunftsplanung oder Berufswahl anschauen oder die Anordnung, der Empfänger der Zuwendung solle aufhören zu rauchen, zu trinken.
- 65 Vgl. SJZ 51, 347, wo meines Erachtens das Zürcher Obergericht recht weit ging, wenn es in der Formulierung: "Meine Briefmarkensammlung darf, ..., nicht an einen Briefmarkenhändler verschachert, sondern soll durch den Philatelistenverein G gegen entsprechende Entschädigung bestmöglichst liquidiert werden", einen blossen Wunsch sah.
- 66 Z.B. zahlreiche Bestattungswünsche; der Wunsch, dass die Erbteilung sich ohne Streit abwickle, dass man das Lebenswerk des Erblassers zu erhalten versuche, dass man für jemanden Sorge.
- 67 Vgl. BGE 88 II 67 ff., insbesondere 68 und 71, wo trotz des Ausdrucks "je désire" eine verbindliche Anordnung gemeint war. Andere Beispiele sind der "Wunsch", das vermachte Geld auf bestimmte Art einzusetzen, die Liegenschaft bis zum Tod einer bestimmten Person nicht zu verkaufen; vgl. aber den "Knie"-Fall in BGE 90 II 476 Erw. 3 und 4.

4. ABSCHNITT: GEGENSTAND DER AUFLAGE

§ 9 Zulässiger Auflageninhalt

A. Der nach Lehre und Rechtsprechung zulässige Auflageninhalt

Der zulässige Auflageninhalt wird im ZGB nicht positiv umschrieben. ZGB Art. 482 Abs. 2 und 3 stecken jedoch eine Grenze ab: Unsittliche und widerrechtliche Auflagen sind ungültig, lästige und unsinnige Auflagen sind nichtig.

Sieht man sich in der älteren und neueren Lehre um, so soll für den Inhalt der Auflageleistung ein grosser Spielraum gegeben sein. Man verlangt nicht etwa wie beim Vermächtnis einen vermögensrechtlichen Inhalt¹. Es sind denn auch viele Auflagen, die von der Praxis immer als gültig angenommen wurden, nicht vermögensrechtlichen Inhalts. Als Beispiele kann man die häufigen Bestimmungen über das Begräbnis oder die Grabgestaltung nennen oder die Anordnung des Erblassers, einzig sein Sohn dürfe seinen Briefwechsel mit der Schriftstellerin X anschauen.

Oefters ist auch die Rede davon, dass Inhalt einer Auflageleistung alles sein könne, was auch als Inhalt einer Schuldverpflichtung in Frage kommt². Von anderen wird diese Auffassung für zu einschränkend gehalten³. Dies hat seinen Grund darin, dass der Begriff der Schuldverpflichtung von der Lehre nicht einheitlich definiert ist⁴.

1 Beck, S. 88 hält die Verfolgung nicht vermögensrechtlicher Zwecke geradezu für den typischen Hauptfall der Auflage. Vgl. auch Escher, N. 17 zu Art. 482; Piotet, S. 147; Brenni, S. 61; Stifel, S. 94.

2 Vgl. Escher, N 17 zu Art. 482; BGE 87 II 359.

3 Herzer, S. 39 Anm. 7.

4 Darauf hat bereits Stifel, S. 92 ff. hingewiesen. Aus BGE 94 II 92 ergibt sich auch, dass der Begriff nicht überall gleich verstanden wird.

So scheint für Escher eine Schuldverpflichtung nicht unbedingt vermögensrechtlichen Inhalts zu sein, während Herzer dies voraussetzt. Gerade wegen der begrifflichen Unklarheiten ist es ratsam, diesen Begriff im Zusammenhang mit der Umschreibung des zulässigen Auflageninhalts zu vermeiden.

Inhalt einer Auflageleistung kann nun alles sein, was innerhalb der Schranken von ZGB Art. 482 Abs. 2 und 3 liegt. Weitere Einschränkungen finden sich weder im Gesetz, noch lassen sie sich aus andern wichtigen Gründen vertreten. Die Auflage soll dem Erblasser einen weiten Spielraum überlassen. Er kann also vom Beschwerten ein Tun, Unterlassen oder Dulden verlangen; ob die Leistung mit dem zugewendeten Vermögen zusammenhängt oder ob sie überhaupt vermögensrechtlichen Wert hat, ist nicht relevant. Wenn jedoch der Erblasser unsittliche oder rechtswidrige Auflagen anordnet, riskiert er, dass die Verfügung für ungültig erklärt wird. Dazu gehören z.B. Fälle, bei denen durch die Anwendung rechtlichen Zwanges zu weit in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerten eingegriffen würde, Handlungen, die einer Person nicht von einer andern vorgeschrieben werden dürfen⁵. Selbstverständlich werden auch Auflagen, die eine unmögliche Leistung zum Inhalt haben, keine Wirkung entfalten können⁶. Wäre schliesslich die Erfüllung einer Auflageleistung für den Beschwerten lästig oder unsinnig, so kann dieser ohne Folgen deren Erfüllung verweigern, denn solche Auflagen sind nichtig⁷.

Von dieser zu Recht allgemein anerkannten, weit gefassten Umschreibung des Inhalts von Auflageleistungen ist das Bundesgericht im

5 Vgl. Escher, N 17 zu ZGB Art. 482.

6 Ob auch damit zusammenhängende Verfügungen dahinfallen, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Diese Frage wird noch zu prüfen sein, vgl. hinten § 19, S. 127 ff.

7 Vgl. ZGB Art. 482 Abs. 3 und hinten § 18 C, S. 125.

Jahre 1968 abgegangen⁸. Ein Erblasser hatte die Aktien seines Unternehmens im Testament gleichmässig auf seine drei zu Erben berufenen Söhne verteilt; der eine Sohn wurde jedoch von der Leitung und von jedem Einfluss auf die Geschäfte der Unternehmung ausgeschlossen. In der Folge erwarb der ausgeschlossene Sohn das Aktienpaket eines seiner Brüder und wurde dank seiner Zweidrittelmehrheit zum Präsidenten des Verwaltungsrates gewählt. Das Zürcher Bezirksgericht und auch das Obergericht hatten in der testamentarischen Bestimmung, die den einen Sohn von der Geschäftsleitung ausschloss, grundsätzlich eine gültige Auflage gesehen. Das Obergericht versagte der Auflage aber deshalb die Wirksamkeit, weil der ausgeschlossene Sohn durch den Erwerb der Aktien seines Bruders Mehrheitsaktionär der AG geworden war. Eine Durchsetzung der Auflage in dieser neuen Situation hätte die Gesellschaft lahmgelegt. Unter Berufung auf die veränderten Verhältnisse, an die der Erblasser nicht gedacht habe, und in Abstützung auf den hypothetischen Willen des Testators begründete das Obergericht seine ablehnende Haltung in bezug auf die Durchsetzung der Auflage in überzeugender Weise. "Auf einen hypothetischen Willen des Erblassers, dass die Auflage auch unter den infolge des Erwerbes der Aktienmehrheit durch den Beklagten grundlegend veränderten Verhältnissen ihre Wirksamkeit beibehalten solle, kann deshalb nicht mit Sicherheit geschlossen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Auflage auf diese neue Situation nicht erstreckt"⁹. Man kann hierin eine Uebertragung der für das Vertragsrecht geltenden "clausula rebus sic stantibus" auf die erbrechtlichen Verhältnisse sehen¹⁰.

8 Vgl. BGE 94 II 88 ff.

9 Unveröffentlichtes Urteil der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom 9.6.1967, S. 20.

10 So auch Piotet, S. 210. Im vorliegenden Fall war die Frist von ZGB Art. 521 (10 Jahre) für eine Ungültigkeitsklage wegen Willensmangels bereits abgelaufen; dieser Weg stand nicht mehr zur Diskussion. Zur Frage, ob in diesen Fällen eine Berufung auf Willensmangel oder auf die "clausula" zum Zug kommen müsse vgl. hinten § 12 B b II, S. 86 f.

Das Bundesgericht anerkannte die obergerichtliche Lösung zwar in zweiter Linie, in erster Linie aber erklärte es in Abänderung der bisher geltenden Praxis alle Auflagen für unwirksam, die nicht die Verwendung des dem Bedachten zufallenden Vermögens zum Inhalt hätten. Damit konnte und musste auch die vorliegende Auflage nicht akzeptiert werden. Begründet wurde diese Kehrtwendung damit, dass nach ZGB Art. 481 der Erblasser "über sein Vermögen" verfügen dürfe. Daraus schloss das Bundesgericht, auch Auflagen müssten das vom Erblasser verteilte Vermögen betreffen. Dabei wurde übersehen, dass bereits das Gesetz Verfügungen zulässt, die nicht direkt mit dem Vermögen des Erblassers zu tun haben ¹¹. Und auch die Rechtswirklichkeit blieb unbeachtet, betrifft doch ein grosser Teil der seit jeher als gültig anerkannten Auflagen solche, die der engen Auffassung nicht genügen.

Das Bundesgericht scheint vom im betreffenden Fall wünschenswerten Resultat ausgegangen zu sein, welches allerdings auch mit der Lösung des Obergerichts zu erreichen war.

Für das öffentliche Recht ist der zulässige Inhalt von Auflagen in der erwähnten Weise eingeschränkt. In einem Urteil des Bundesgerichts heisst es: "Derartige Nebenbestimmungen müssen aber stets in einem inneren Zusammenhang zum Hauptinhalt des Verwaltungsaktes stehen" ¹². Dadurch wird die staatliche Macht, der der Bürger unterworfen ist, in ihren Hoheitsrechten in vernünftiger Weise eingeschränkt. Die Situation ist ganz anders als im Privatrecht, wo sich gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüberstehen.

Hätte sich die oben beschriebene Rechtsprechung für das Erbrecht

11 Z.B. die Ernennung eines Willensvollstreckers (ZGB 517) oder schon die Bestimmung von ZGB 484 Abs. 3, die es nicht ausschliesst, dass der Erblasser über fremde Sachen "verfügt". Vgl. dazu hinten B, S. 64 f.

12 ZBl 63, 104.

durchsetzen können, so wäre eine entscheidende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Auflage die Folge gewesen. Im Jahr 1971 berief sich das Bundesgericht nochmals auf die enge Auffassung in bezug auf den zulässigen Auflageneinhalt ¹³. Doch diese Lösung konnte kein gutes Echo finden ¹⁴.

Das Bundesgericht nahm deshalb 1975 die Gelegenheit wahr, zur älteren Auffassung zurückzukehren ¹⁵. Es handelte sich um einen Fall, in dem der Erblasser im Testament seine Liegenschaften auf zwei seiner drei Söhne verteilte. Er verpflichtete aber denjenigen, der den grössten Anteil des väterlichen Grundbesitzes erhalten sollte, dem dritten Sohn den Anteil an einer bereits den dreien gehörenden Liegenschaft zu übertragen. Meines Erachtens liegt hier zwar ein Fall eines Verschaffungsvermächtnisses vor, doch das Bundesgericht behandelte die Frage auch unter dem Gesichtspunkt der Auflage. Es wiederrief die 1967 eingeführte Praxis in bezug auf den Inhalt von Auftragsleistungen unter Berücksichtigung der laut gewordenen Kritik. Der frühere Rechtszustand ist damit auch vom Bundesgericht wieder anerkannt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es richtig ist, als Auflagen beliebige Verpflichtungen innerhalb der Schranken von ZGB Art. 482 Abs. 2 und 3 anzuerkennen. Weder eine Beschränkung auf einen vermögensrechtlichen Inhalt noch auf Bestimmungen, die die Verwendung des dem Erben zugewendeten Vermögens näher regeln, ist für Auflagen wünschenswert und vom Gesetz auch nicht vorgesehen. Das Institut der Auflage muss für weitere berechnigte Anliegen des Erblassers offenstehen, soll es neben den andern möglichen Verfügungen seinen Platz behalten können.

13 BGE 97 II 206.

14 Kritisiert wurde sie z.B. von Merz in ZBJV 106, 49 ff.; Piotet, S. 148.

15 BGE 101 II 28 ff. Erw. 2.

B. Analoge Anwendung von ZGB Art. 484 Abs. 3

Nun stellt sich noch die Frage, ob man es zulassen darf, dass der Erblasser von einem mit einer Auflage Beschwerten verlangt, eine Sache, die ihm nicht vom Testator zugewiesen wurde, zu einem von diesem bestimmten Zweck zu verwenden.

Die Vorstellung, dass der Erblasser über Sachen, die ihm nicht gehören, sollte verfügen können, befremdet etwas; stellt man sich doch vor, das Erbrecht diene primär dem Zweck, den Verbleib erblasserischen Vermögens nach dem Tode zu regeln. Doch mit ZGB Art. 484 Abs. 3 hat der Gesetzgeber eine das Vermächtnis betreffende Bestimmung geschaffen, die ein solches Vorgehen in gewissen Grenzen akzeptiert¹⁶. Selbstverständlich werden damit dem Erblasser nicht Verfügungsbefugnisse über fremdes Eigentum eingeräumt. Dennoch kann er jemandem einen nicht ihm gehörenden Gegenstand vermachen. Dann muss der Erbe, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt¹⁷, dem Vermächtnisnehmer diese Sache nach Möglichkeit verschaffen; gehöre sie nun dem Beschwerten selber oder ist ein Dritter Eigentümer und muss der Beschwerte sie zuerst erwerben. Ein solches Verschaffungsvermächtnis wird allerdings nicht vermutet.

Nun fragt es sich, ob diese an sich für Vermächtnisse geltende Bestimmung auch auf Auflagen anwendbar sei. Denkbar ist z.B., dass der Testator von seinen Erben verlangt, eine bestimmte Liegenschaft, die dem Erben gehört, als Heim für Obdachlose zur Verfügung zu stellen. Hier hätte man eine Verschaffungsauflage, nicht ein Verschaffungsvermächtnis vor sich, da es für letzteres an der klaren Bestimmung eines Begünstigten fehlt. Dennoch liegt ein dem Vermächtnis sehr

16 Zum Verschaffungsvermächtnis vgl. Escher, N 19 ff. zu Art. 484; Tuor, N 20 ff. zu Art. 484; Piotet, S. 131 f.

17 Bei Verletzung des Pflichtteils steht dem Erben auch die Herabsetzungsklage bzw. -einrede zur Verfügung.

ähnlich gelagerter Fall vor, was eine analoge Anwendung von ZGB Art. 484 Abs. 3 auf Auflagen rechtfertigt. Für eine ungleiche Behandlung von Vermächtnis und Auflage in dieser Beziehung liessen sich kaum vernünftige Gründe anführen. Die fehlende Regelung in bezug auf den zulässigen Auflageninhalt wird so sinnvollerweise durch entsprechende Anwendung von ZGB Art. 484 Abs. 3 auf Auflagen ergänzt. Wird der Erbe durch die Verschaffungsaufgabe zur stark eingeschränkt oder belastet, so bleibt ihm die Möglichkeit der Ausschlagung; bei Verletzung des Pflichtteils kann er die Herabsetzung der Auflage verlangen¹⁸.

Die erwähnte Lösung wird auch von der Lehre vertreten¹⁹. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit im gleichen Entscheid, mit dem es wieder von der sehr engen Auffassung des zulässigen Auflageninhalts zurückkam, erwähnt²⁰.

Auch in der deutschen Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen der §§ 2169 und 2170 BGB über das Verschaffungsvermächtnis auf Auflagen entsprechend anzuwenden seien²¹.

18 Vgl. hinten § 25 B b, S. 158 ff.

19 Vgl. Tuor, N 38 zu Art. 482; Brenni, S. 64; Herzer, S. 79/80, der allerdings als Beispiel ein Verschaffungsvermächtnis anführt; Piotet, S. 152 und 148, wo er aber vom Vermächtnisnehmer (légataire) statt vom Beschwerten spricht.

20 BGB 101 II 28 ff.: wie bereits in § 9 A, S. 63 erwähnt, hat man m.E. hier ein Verschaffungsvermächtnis vor sich. Als solches behandelte es das Bundesgericht auch in erster Linie, es wurde jedoch nachher noch unter dem Gesichtspunkt der Auflage untersucht, was zu jenem Zeitpunkt dem obersten Gericht ermöglichte, von der weitherum kritisierten Auffassung des zulässigen Auflageninhalts wegzukommen.

21 Vgl. Staudinger/Seybold, N 13 zu § 2192 (Staudinger/Otte, N 17 zu § 2192); Kipp/Coing, § 65 II, S. 375 f.; Lange/Kuchinke, S. 385.

§ 10 Teilungsverbot und Teilungsvorschrift als Auflagen?

A. Das Teilungsverbot

Regelmässig findet man in Testamenten Anordnungen des Erblassers, einzelne Objekte der Erbschaft - z.B. eine Liegenschaft oder ein Aktienpaket - für eine gewisse Zeit nicht in die Teilung einzubeziehen, sondern den Erben gemeinsam zu belassen. Es stellt sich nun die Frage, ob der Erblasser ein solches Teilungsverbot überhaupt aufstellen darf und wie es rechtlich zu qualifizieren ist.

Das Teilungsverbot als solches findet keine Regelung im Gesetz ²². Das ZGB bestimmt in Art. 604, dass jeder Erbe zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann. Es sieht dann aber Möglichkeiten vor, die Teilung aufzuschieben; dies aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen oder von gesetzlichen Bestimmungen. Nicht genannt ist hier eine Verschiebung der Teilung nach dem Willen des Erblassers. Doch muss nun aus dem Fehlen einer diesbezüglichen ausdrücklichen Gesetzesbestimmung schon geschlossen werden, dass der Gesetzgeber ein vom Erblasser aufgestelltes Teilungsverbot ausgeschlossen wissen wollte? Der Berichterstatter der Kommission, Gottofrey, verwies für die Lösung dieser Frage auf Lehre und Rechtsprechung, da sie vom Gesetz nicht behandelt werde ²³. Es kann deshalb meiner Ansicht nach hier ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ausgeschlossen werden.

Nun ist zu untersuchen, ob ein erblasserisches Teilungsverbot in einer der vom Gesetz zugelassenen Verfügungsarten Platz hat. Es liegt nahe, hier an die Auflage zu denken, die innerhalb der Schranken von

²² Anders in Deutschland, vgl. BGB § 2044.

²³ StenBull NR 16, 358; a.M. Rossel/Mentha, S. 218: Nach dieser Quelle gibt es nur zwei Möglichkeiten für den Teilungsaufschub; jene die in ZGB Art. 604 genannt sind.

ZGB Art. 482 Abs. 2 und 3 jeden beliebigen Inhalt haben kann²⁴. Im Falle des Teilungsverbots wird den Erben ein Unterlassen aufgetragen und als Interessierte im Sinne von ZGB Art. 482 Abs. 1 können alle Erben und z.B. auch ein Willensvollstrecker für die Vollziehung der Auflage bzw. für die Einhaltung des Teilungsverbots sorgen.

Wird das Teilungsverbot als Auflage zugelassen, so sind damit auch die Schranken gegeben. Es muss zeitlich begrenzt sein, da es sonst als eine gegen ZGB Art. 335 Abs. 2 verstossende Auflage ungültig d.h. anfechtbar wäre²⁵.

Gegen ein erblasserisches Teilungsverbot gibt es also grundsätzlich nichts einzuwenden; aus ZGB Art. 604 lässt sich nicht ableiten, dass es unzulässig sein soll, und die Form der Auflage bietet sich dafür an. Es scheint sinnvoll, dass nebst den Erben auch der Erblasser die Teilung verschieben kann, wenn er es z.B. für die Erhaltung des Vermögens oder im Interesse der Erben für notwendig hält.

Nun stellt sich allerdings die Frage, ob ein Teilungsverbot auch möglich ist, wenn Erben im Rahmen des Pflichtteils davon betroffen werden. Ueber den Pflichtteil muss der Erbe frei verfügen können; diese Quote darf nicht belastet sein. Ein Teilungsverbot jedoch verunmöglicht dem Erben die freie Verfügung über den Pflichtteil; eine Auflage, die ein solches zum Inhalt hat, wäre deshalb herabsetzbar²⁶.

24 Vgl. vorne § 9, S. 59 ff. In BGE 85 II 561/562 oder bei Escher, N 8 zu Art. 604 wird das Teilungsverbot entweder als negative Teilungsvorschrift oder als Auflage angeschaut. Doch da - wie noch zu zeigen sein wird - auch Teilungsvorschriften eigentlich Auflagen sind, genügt es, von Auflagen zu sprechen. Tuor/Picononi, N 8 zu Art. 604; Brenni, S. 84; Krayenbühl, S. 76 und Herzer, S. 76 sprechen im Zusammenhang mit Teilungsverboten auch von zulässigen Auflagen.

25 Zur Frage der zulässigen Dauer vgl. Spiro, § 466, S. 1285 Anm. 6 und Felber, S. 12, die aber ein zeitlich unbegrenztes Teilungsverbot für nichtig hält, meines Erachtens zu Unrecht.

26 Vgl. Escher, SJZ 58, 331. Zur Möglichkeit der Herabsetzung einer Auflage vgl. hinten § 25, S. 156 ff.

Im Falle eines Teilungsverbots ist jeder Miterbe gleichzeitig Beschwerter und soll als solcher darauf verzichten, ein Teilungsbegehren zu stellen und Interessierter im Sinne von ZGB Art. 482 Abs. 1, was ihn ermächtigt sich dem Teilungsbegehren eines andern zu widersetzen.

Nun stellt sich aber die Frage, was geschieht, wenn die Miterben einstimmig und in Missachtung des erblasserischen Teilungsverbots die Erbteilung beschliessen. Wird in der Folge eine solche vorgenommen, so ist sie gültig, obwohl gegen den Willen des Erblassers gehandelt wurde. Denn ist niemand da, der für die Durchsetzung einer Auflage sorgt, so bleibt deren Nichterfüllung ohne Sanktion ²⁷. Dies gilt also auch für den Fall der Missachtung eines Teilungsverbots ²⁸.

B. Die Teilungsvorschrift

In einem Grossteil der Testamente finden sich Teilungsvorschriften. Der Erblasser möchte z.B. dem jüngsten Sohn das Haus zuteilen, oder er verlangt, dass der Pflichtteil einem bestimmten Erben in bar auszahlen sei ²⁹.

Während das erblasserische Teilungsverbot nirgends im Gesetz Erwähnung findet, erteilt das ZGB in Art. 608 dem Erblasser ausdrücklich die Befugnis, Teilungsvorschriften aufzustellen.

27 Zur Pflicht des Willensvollstreckers, in solchen Situationen Auflagen durchzusetzen vgl. hinten § 12 B b I, S. 83 f. Es ist allerdings verständlich, wenn in der Praxis dort, wo der Erblasser z.B. mit seinem Teilungsverbot die Pflichtteile verletzt, der Willensvollstrecker einer Abkürzung des Teilungsverbots zustimmt, die Erben aber auf eine gerichtliche Geltendmachung des Herabsetzungsanspruchs verzichten (vgl. unveröffentlichtes Urteil des Zürcher Obergerichts vom 9.6.1967, S. 5). Dadurch wird u.U. ein zeit- und kostenaufwendiges Verfahren vermieden. Zur Möglichkeit der Einflussnahme interessierter Dritter auf die Teilung vgl. Anm. 33, S. 70.

28 Vgl. Escher, SJZ 58, 331; derselbe, N 8 zu Art. 604; BGE 85 II 562.

29 Vgl. auch die Beispiele in BGE 100 II 104, 101 II 38.

Man kann nun in der Teilungsvorschrift eine spezielle, vom Gesetz zugelassene Verfügung von Todes wegen sehen³⁰. Richtiger scheint mir jedoch, auch die Teilungsvorschrift als Auflage zu betrachten³¹. Es handelt sich insofern um einen Spezialfall, als sich eine Bestimmung des ZGB speziell damit befasst. Doch aus ZGB Art. 608 lässt sich nichts entnehmen, was dazu führen müsste, die Auflagenatur der Teilungsvorschrift abzulehnen. Der Erblasser verpflichtet die Erben, etwas zu tun; nämlich hier, die Teilung in einer von ihm vorgeschriebenen Weise vorzunehmen. Wie dem Teilungsverbot als eigentlicher negativer Teilungsvorschrift Auflagecharakter zuerkannt wird, so muss dies auch für die Teilungsvorschrift ganz allgemein getan werden.

Bejaht man die Auflagenatur der Teilungsvorschrift, so bedeutet dies, dass die wenigen Bestimmungen, die die Auflage betreffen, direkt auf Teilungsvorschriften anwendbar sind, mindestens soweit nicht die spezielle Regelung der Teilungsvorschrift etwas anderes bestimmt. Als Interessierte im Sinne von ZGB Art. 482 Abs. 1 sind in diesem Fall in erster Linie alle Erben anzusehen; es liegt also an ihnen, Teilungsvorschriften gegenüber Miterben durchzusetzen. Der Willensvollstrecker muss wiederum kraft seines Amtes dafür sorgen. Aus ZGB Art. 482 Abs. 2 in Verbindung mit ZGB Art. 519 Ziff. 3 ergibt sich, dass die Erben unsittliche und rechtswidrige Teilungsvorschriften für ungültig erklären lassen können, während gemäss ZGB Art. 482 Abs. 3 lästige oder unsinnige nichtig sind.

30 Vgl. Piotet, S. 87. Als von der Auflage zu unterscheidende Verfügung von Todes wegen scheinen auch Tuor/Picenoni, N 22 zu Art. 602 die Teilungsvorschrift aufzufassen.

31 Vgl. Herzer, S. 76. Eine indirekte Bestätigung dieser Auffassung findet sich auch bei Escher, N 1 zu Art. 608, wo er von der Abgrenzung der Teilungsvorschrift von Vermächtnissen und Auflagen spricht, jedoch einzig Abgrenzungskriterien zum Vermächtnis aufzeigt, die sich alle mit der Auflage decken. Auch aus BGE 100 II 104, wo es heisst: "Il s'agit d'une règle de partage au sens de l'art. 608 CC, qui ne pourrait être attaquée que si elle est dépourvue de sens, vexatoire, irréalisable, contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.", muss man schliessen, dass, ohne es ausdrücklich zu sagen, die Auflageregelung herangezogen wurde.

Wenn man sich nun auch hier die Frage stellt, ob der Erblasser Teilungsvorschriften nur in dem Umfang, als die Erben mehr als den Pflichtteil erhalten, aufstellen dürfe, so scheint es mir, dass man zu einem andern Resultat kommen muss als beim Teilungsverbot. Auch die Pflichtteile der Erben können mit Teilungsvorschriften belastet sein. Begründen lässt sich dies damit, dass der Erblasser nur gehalten ist, den Pflichtteilerben eine bestimmte Quote des Nachlasses zu freier Verfügung zukommen zu lassen. Keiner der Erben hat jedoch Anspruch auf Zuteilung ganz bestimmter Erbschaftssachen. Das Pflichtteilsrecht ist also auch dann respektiert, wenn der Erblasser mittels Teilungsvorschrift den einen Erben nur Geld, den andern nur Sachwerte zuteilt ³². Jeder kann über seine Quote trotzdem frei verfügen. Hier liegt der Unterschied zum Teilungsverbot, bei dem ein Erbe gezwungen ist, seinen Anteil in der Erbengemeinschaft zu belassen.

Beschliessen die Erben einstimmig, sich über eine erblasserische Teilungsvorschrift hinwegzusetzen, so gilt das gleiche wie beim Teilungsverbot: Eine solche Uebereinkunft ist gültig. Setzt sich nicht ein Willensvollstrecker gegen die geschlossen auftretenden Erben durch, wird sich in den seltensten Fällen eine andere gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 zur Vollziehung berechnigte Person finden, die der Teilungsvorschrift zum Durchbruch verhilft ³³.

32 Vgl. BGE 85 II 561 und auch Tuor/Picenoni, N 10 zu Art. 608.

33 Durch die hier vertretene Auffassung, dass Teilungsvorschriften und auch Teilungsverbote Auflagen sind, eröffnet sich die Möglichkeit, dass aussenstehende Interessierte als Auflagevollziehungsberechtigte Einfluss auf die Erbteilung nehmen können. Diese Konsequenz scheint mir jedoch tragbar, denn, wird dieser Einfluss überhaupt geltend gemacht, so kann er sich nur im Sinne des Erblassers auswirken (Durchsetzung der Teilungsvorschrift). Vgl. auch BGE 99 II 375 ff., wo die Anordnung, über eine im Nachlass befindliche Erbschaft einen bestimmten Teilungsvertrag abzuschliessen, als Auflage qualifiziert wurde, was bedeutet, dass auch hier ein Einfluss aussenstehender Dritter über die Auflagevollziehungsklage als möglich angesehen wurde.

5. ABSCHNITT: DIE VOLLZIEHUNG DER AUFLAGE

§ 11 Rechtsnatur von Vollziehungsanspruch und Vollziehungsklage

A. Der Vollziehungsanspruch

Bereits im Zusammenhang mit der Begriffsumschreibung stellte sich die Frage, ob die Auflage jemandem ein Forderungsrecht gewähre¹. Gegen die in der Schweiz herrschende Lehre und Praxis habe ich dort ein Forderungsrecht für alle Klageberechtigten bejaht². Denn schon die Vollziehungsberechtigung an sich macht einen zum Gläubiger, es kommt nicht darauf an, ob er Leistung an sich selbst oder an einen Dritten fordern kann.

Da nach dem ZGB nun jedermann, der ein Interesse hat, die Vollziehung verlangen kann, wird meistens eine Mehrzahl von Gläubigern vorhanden sein. Jedem der Vollziehungsberechtigten steht es frei, ob und wann er die Erfüllung der Auflage verlangen will; er kann dies ganz unabhängig von den andern Gläubigern tun. Wenn nun der Beschwerzte die Auflageverpflichtung erfüllt, befreit er sich gegenüber allen Vollziehungsberechtigten³. Liegt hier ein Fall von Solidargläubigerschaft im Sinne von OR Art. 150 vor? Dies ist zu verneinen, denn die einzelnen Gläubiger sind normalerweise nicht berechtigt, die Leistung an sich selbst zu verlangen; oft - nämlich immer dann, wenn ein Destinatär fehlt - ist sie für keinen der Klageberechtigten bestimmt, in andern Fällen wird sie nur einem oder einer Gruppe von

1 Vgl. vorne § 4 E b, S. 28 ff.

2 Vgl. vorne in § 4 E b II, S. 30 und dort zitierte Literatur; dann auch Staudinger/Seybold, N 7 zu § 2194 für die nach deutschem Recht Klageberechtigten, d.h. unter Ausschluss des Begünstigten, und Zusammenstellung verschiedener Theorien bei Stifel, S. 161 ff.

3 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 2353, Brenni, S. 92.

ihnen zukommen ⁴. Ähnlich verhält es sich bei einem Vertrag zugunsten Dritter, wo aktive Solidarität zwischen dem Vertragspartner des Schuldners und dem forderungsberechtigten Dritten deshalb verneint wird, weil die Leistung nicht an den einen oder andern, sondern einzig an den Dritten erfolgen kann ⁵.

Als Konsequenz aus der Bejahung eines Forderungsrechts ergibt sich nun, dass die allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse prinzipiell auf das Verhältnis zwischen Auflagebeschwertem und Vollziehungsberechtigtem analog Anwendung finden. Allerdings muss man dabei immer berücksichtigen, dass es sich insofern um eine spezielle Forderung handelt, als die meisten Klageberechtigten ⁶ kein direktes vermögensrechtliches Interesse an der Erfüllung haben ⁷. Es können also gewisse Rechte, die normalerweise aus einer Forderung erwachsen, von den gewöhnlichen Klageberechtigten nicht geltend gemacht werden. So kann ein Vollziehungsberechtigter mangels eines Anspruchs auf Leistung an sich selbst seine Forderung weder abtreten noch ver-

4 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen einer Mehrzahl von Gläubigern Gauch/Schluep/Jäggi, N 2347 ff., insbesondere N 2355 (Solidargläubigerschaft) und N 2359 f.; Staudinger/Seybold, N 8 zu § 2194, die "Gesamtgläubigerschaft" (nach schweizerischer Terminologie Solidargläubigerschaft) unter den verschiedenen Klageberechtigten ebenfalls ablehnen, "da keine der mehreren Personen die Leistung an sich verlangen kann" (auch Staudinger/Otte, N 11 zu § 2194); ebenso Kipp/Coing, § 64 III, S. 373; BGB-RGRK N 8 zu § 2194; vgl. aber v.Tuhr/Escher, S. 322, wo als Beispiel für Solidargläubigerschaft der Fall von OR Art. 246 genannt ist, nach dem unter bestimmten Umständen die Behörde nebst den Erben des Schenkers die Vollziehung der Auflage verlangen kann.

5 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 2571; v.Tuhr/Escher, S. 250.

6 D.h. alle mit Ausnahme eines vom Erblasser selbst als Destinatär Bezeichneten, der als Leistungsempfänger der einzige mit einem direkten Vermögensinteresse ist. Dies kommt allerdings höchstens dann vor, wenn die Annahme eines Vermächtnisses aus irgendeinem Grunde scheitert. Zu dieser Abgrenzung Auflage/Vermächtnis vgl. vorne § 6, S. 39 ff.

7 Zwar verlangt das ZGB von den Personen, denen es die Vollziehungsberechtigung verleiht, ein Interesse daran, dieses muss aber keineswegs vermögensrechtlicher Natur sein. Zur Frage, wann ein allgemeines Interesse bejaht wird, vgl. hinten § 12 B a, S. 79.

pfänden noch mit einer Gegenforderung verrechnen. Aus dem gleichen Grund fällt die Möglichkeit, bei schuldhafter Nichterfüllung der Forderung - hier der Auflageleistung - Schadenersatz zu verlangen, weg; es fehlt zum vorneherein am Schaden ⁸.

An dieser Stelle ist aber klar festzustellen, dass man es bei der erbrechtlichen Auflage nicht mit einer Pflicht auf der einen Seite, der auf der andern Seite kein Recht gegenübersteht, zu tun hat ⁹. Denn der Pflicht des Beschwerten, die Auflage zu erfüllen, steht das Forderungsrecht aller Vollziehungsberechtigten gegenüber ¹⁰.

Auch im speziellen Fall, in dem der Auflagebeschwerte nach dem Willen des Erblassers gleich auch Begünstigter sein soll, kann von einer Pflicht auf der einen und einem Recht auf der andern Seite gesprochen werden. Die Forderung erlischt nicht etwa, weil Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person vereinigt sind. Der Begünstigte hat natürlich keinen Vollziehungsanspruch gegen sich selbst, aber nebst dem Begünstigten kommen noch weitere Personen als Vollziehungsberechtigte in Frage. Diese behalten ihre Gläubigerstellung. Das Gleiche gilt, wenn einer der Vollziehungsberechtigten auf seinen Anspruch verzichtet.

8 Ob allerdings in einem solchen Fall einem vom Erblasser eindeutig bestimmten Destinatär, der von Anfang an als Leistungsempfänger feststeht, u.U. ein Schadenersatzanspruch entstehe, wird noch zu prüfen sein; vgl. § 23 A, S. 143 ff.

9 So Brenni, S. 39: "Con l'onere nasce un obbligo da una parte, senza che dall'altra parte corrisponda un diritto."

10 Vgl. v.Tuhr, BGB, S. 94: "Aber meines Erachtens gehört eigenes Interesse nicht zu den Erfordernissen des subjektiven Rechts (...); es genügt, dass jemandem eine rechtliche Herrschaft verliehen ist, hier (bei der erbrechtlichen Auflage) die Befugnis, einen anderen zu einer Handlung zu zwingen."

B. Die Vollziehungsklage

a. Vollziehungsklage als Leistungsklage

Mit der Vollziehungsklage haben alle Vollziehungsberechtigten ein Mittel in der Hand, ihren Anspruch auf Erfüllung der Auflage vor Gericht durchzusetzen. Da die Auflage eine Leistung - d.h. ein Tun, Unterlassen oder Dulden - zum Inhalt hat, wird deren Durchsetzung mit einer Leistungsklage geltend gemacht ¹¹. Angestrebt wird damit ein Urteil, welches dann die Vollstreckung der Auflage ermöglicht.

Im Normalfall steht bei der Leistungsklage der spätere Leistungsempfänger dem Schuldner im Prozess gegenüber. Bei der Klage auf Vollziehung einer Auflage handelt es sich insofern um einen Sonderfall, als sich der Kreis der Forderungsberechtigten nicht mit demjenigen der Leistungsempfänger deckt. Prozessual gesehen sind jedoch auch die ersteren aktivlegitimiert; d.h. sie haben das Recht, die Erfüllungsklage im eigenen Namen zu erheben; sie sind Partei im Prozess gegen den Auflagebeschwerten ¹². Diese Möglichkeit ist in ZGB Art. 482 Abs. 1 vorgezeichnet, wo festgelegt wird, dass jedermann mit Interesse klageberechtigt sei.

Entschliessen sich mehrere Gläubiger, z.B. die Erben, gemeinsam gegen den Auflagebeschwerten vorzugehen, so bilden sie eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von ZH ZPO § 40. Denkbar ist auch eine Nebenintervention; in diesem Fall stösst einer erst zur klagenden

11 Vgl. Stifel, S. 147; Brox, N 443; nicht veröffentlichter Entscheid der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom 9.6.1967 in Sachen Willi X gegen Hans X, S. 9; Guldener, S. 205 ff. zur Leistungsklage. Einzig Müller, S. 225, 226 plädiert für eine Feststellungsklage, was bei ihm auch zur Verneinung der Zwangsvollstreckung führt.

12 Vgl. Guldener, S. 140. In Fällen, in denen jeder, der ein Interesse hat, klageberechtigt ist, muss ihm die Aktivlegitimation gegeben werden, ohne dass er materiell am in Frage stehenden Recht beteiligt ist. Vgl. auch BGB-RGRK, N 7 und 8 zu § 2194.

Partei, wenn der Prozess bereits rechtshängig ist und er den Kläger unterstützen will (vgl. ZH ZPO §§ 44/45).

b. Solidarität auf Beklagtenseite

Steht nun auf der Seite der Beschwerten nicht ein einzelner Erbe dem Kläger gegenüber, sondern sind alle Erben gemeinsam mit einer Auflage belastet, so fragt es sich, ob die Beschwerten für die Auflageleistung solidarisch haftbar seien oder ob man eine Gesamthandschuld vor sich habe. Nach Walder und Guldener¹³ soll es vom materiellen Recht her bei Leistungsklagen keine Fälle von notwendiger Streitgenossenschaft geben. "Gesamthandschulden in dem Sinne, dass gegen alle Schuldner gemeinsam auf Erfüllung geklagt werden müsste, gibt es nicht"¹⁴.

In bezug auf die Schulden des Erblassers ist die Frage vom Gesetz eindeutig gelöst; ZGB Art. 603 statuiert für diesen Fall Solidarität. Auflagen und Vermächtnisse bilden jedoch keine Verpflichtung des Erblassers und fallen dem deutschen und französischen Wortlaut nach nicht direkt unter die Bestimmung von ZGB Art. 603¹⁵. Das Bundesgericht und ein grosser Teil der Lehre haben sich jedoch auch bezüglich dieser Fälle für Solidarität ausgesprochen¹⁶. Schon Gottofrey,

13 Walder, S. 149; Guldener, S. 297.

14 Guldener, S. 297. Im hier zu behandelnden Fall ergibt sich dies jedoch nicht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes.

15 Im französischen Text von ZGB Art. 603 ist entsprechend dem deutschen Wortlaut die Rede von "dettes du défunt", während es auf italienisch "debiti della successione" heisst.

16 Ausdrücklich wird dies jeweils nur für Vermächtnisse gesagt: BGE 59 II 124; Hirtz, S. 24 f.; Nater, S. 9 und 57; Tuor/Picenoni, N 7 b zu Art. 603; Piotet II, S. 656; Escher, N 3 a und N 4 zu Art. 603, allerdings mit gewissen Bedenken, da Ausnahmebestimmungen nicht analog angewendet werden dürften. Vgl. auch BGE 93 II 11 ff., insbesondere 13/14, der sich in bezug auf die in Art. 603 ebenfalls nicht ausdrücklich erwähnten Erbgangsschulden für Solidarität aus-

der französische Berichterstatter der Kommission, erklärte ganz allgemein: "Les héritiers, même avant le partage, sont solidaires vis-à-vis des créanciers de la succession" ¹⁷. Er spricht also nicht einengend von Schulden des Erblassers.

Es ist nicht einzusehen, weshalb hier ein Unterschied zwischen Schulden des Erblassers und Erbschaftsschulden gemacht werden sollte; die analoge Anwendung von ZGB Art. 603 auf Erbschaftsschulden ist gerechtfertigt. Diese Lösung widerspricht zwar dem Charakter der Gesamthand, wonach die Miterben alle Handlungen gemeinsam vornehmen müssen. Vom dogmatischen Standpunkt aus sind die Bedenken von Escher gerechtfertigt ¹⁸. Doch der Gesetzgeber hat das Prinzip der Gesamthand mit ZGB Art. 603 bereits durchbrochen ¹⁹; allerdings in nicht sehr konsequenter Form, indem er nur von den Schulden des Erblassers spricht. Lehre und Praxis haben sich meines Erachtens mit Recht für die Gleichbehandlung der weiteren Erbschaftsschulden mit den Schulden des Erblassers entschieden.

Haften nun die beteiligten Erben auch solidarisch, wenn nicht alle, sondern nur einzelne von ihnen zur Erfüllung einer Auflage verpflichtet sind? Eine spezielle gesetzliche Regelung fehlt auch für diesen Fall. Hat der Erblasser das Aussenverhältnis nicht selbst geregelt, so scheint es mir richtig, auch hier in analoger Anwendung von ZGB Art. 603 Solidarität anzunehmen ²⁰.

spricht. A.M. Rossel/Mentha, S. 216; Müller, S. 236, der bei Belastung aller gesetzlichen Erben mit einer Auflage eine notwendige Streitgenossenschaft annimmt, was gegen die Solidarität spricht; er setzt sich jedoch mit dem Problem nicht näher auseinander.

17 StenBull NR 16, 350 f.

18 Vgl. Escher, N 4 zu Art. 603 und Anm. 16.

19 Vgl. auch die Regelung für die einfache Gesellschaft (OR Art. 544 Abs. 3) und für die Gemeinderschaft (ZGB Art. 342 Abs. 2).

20 Vgl. Hirtz, S. 25; Tuor/Picenoni, N 5 zu Art. 562; Escher, N 4 zu Art. 603. Die hier angegebenen Stellen beziehen sich alle auf das Vermächtnis, haben aber auch für Auflagen Geltung.

§ 12 Die anspruchsberechtigten Personen

A. Ueberblick über die verschiedenen Lösungen

Ausdrücklich festgelegt ist der Kreis der Anspruchsberechtigten im ZGB, im italienischen CC und im BGB; für Frankreich und Oesterreich fehlt eine Regelung in den entsprechenden Gesetzen.

Am weitesten gehen die Schweiz und Italien, wo jeder, der ein Interesse daran hat, die Erfüllung verlangen darf (ZGB Art. 482 Abs. 1, CC it. Art. 648).

Das BGB bezeichnet in § 2194 als Berechtigte den Erben oder, bei Erbengemeinschaft, die Miterben und denjenigen, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten zustatten kommen würde. Für den Fall, dass es sich um eine Auflage im öffentlichen Interesse handelt, kommt auch eine Behörde in Betracht (§ 2194 2. Satz). Der Testamentsvollstrecker wird zwar in § 2194 nicht genannt, er kann aber, wie sich aus der Umschreibung seiner Aufgabe ergibt, ebenfalls klagen (vgl. §§ 2203, 2208 Abs. 2, 2223). Schliesslich scheint man es als zulässig zu erachten, dass der Erblasser den Kreis der Vollziehungsberechtigten auf andere Personen ausdehnt oder aber einschränkt²¹. Insbesondere fällt auf, dass nach deutschem Recht ein aus der Auflage Begünstigter nicht zu den Vollziehungsberechtigten gehört; dies ist schon durch die Formulierung von § 1940 gesagt.

Für Oesterreich lässt sich aus dem Gesetz entnehmen, dass die Nichterfüllung der mit einer Zuwendung verbundenen Auflage wie eine auflösende Bedingung wirkt. Trotz fehlender ausdrücklicher Regelung

21 Vgl. Staudinger/Seybold, N 5 zu § 2194 (Staudinger/Otte, N 5 zu § 2194); Erman/Hense, N 1 zu § 2194; Lange/Kuchinke, S. 388 Anm. 59, welcher in der Regel in der Berufung weiterer Personen eine Ernennung zum Testamentsvollstrecker sieht.

schliesst man aus dem Zweck der Auflage, dass "Testamentsvollstrecker und solche Mitbedachte, denen sonst die Zuwendung zufiele, klagen" können ²². Zudem kann die zuständige Behörde bei Auflagen im öffentlichen Interesse einschreiten. Der Kreis der zur Klage Berechtigten ist demnach auch in Oesterreich enger gezogen als in der Schweiz; dies wird aber ausgeglichen durch die Regelung, wonach die Zuwendung bei Nichterfüllung der Auflage dahinfällt.

In Frankreich haben nebst dem Begünstigten ²³ die gesetzlichen Erben, der Testamentsvollstrecker und diejenigen, denen die Zuwendung bei Wegfall des Beschwerten zufallen würde, das Recht, die Auflage durchzusetzen ²⁴. Daneben besteht für letztere noch die Möglichkeit, statt der Erfüllung der Auflage die Rückgabe der Zuwendung zu verlangen (Art. 953 ff., 1046) ²⁵.

B. Lösung des ZGB

a. Die an einer Klage Interessierten

Indem der Gesetzgeber in ZGB Art. 482 Abs. 1 jedem, der ein Interesse hat, den Vollziehungsanspruch gewährt, hat er den Kreis im Interesse der Durchsetzung der Auflagen weit ziehen wollen. Er hat nicht etwa eine der Lösung des BGB (vgl. § 2194) entsprechende ausdrückliche Aufzählung der Anspruchsberechtigten gewählt, sondern einzig das

²² Wolff, S. 99; vgl. auch Ehrenzweig II, S. 452; nach Klang/Gschnitzer, S. 696 zu § 710 hat jedenfalls ein Auflagebegünstigter kein Klagerecht.

²³ Vgl. Aubry/Rau, S. 428; Planiol/Ripert, N 3680 a.E. und N 3693.

²⁴ Vgl. Aubry/Rau, S. 351 f.

²⁵ Vgl. Aubry/Rau, S. 428. Es handelt sich hier nicht wie im österreichischen Recht um eine Resolutivbedingung, die die Zuwendung automatisch dahinfallen lässt, vgl. Planiol/Ripert, N 3701.

Erfordernis eines Interesses als Abgrenzung von Popularklagen ²⁶ aufgestellt.

Nun ist zu prüfen, wie der Begriff des Interesses zu verstehen ist. Es ist allgemein anerkannt, dass nicht ein materielles Interesse vorhanden sein muss; ideelle Anliegen genügen ²⁷. Die Kommentatoren verlangen ein "berechtigtes Interesse"; Escher konkretisiert dies so: "Es muss die Anteilnahme an der Angelegenheit nach der allgemeinen Anschauung als unterstützungswürdig erscheinen" ²⁸. Es scheint mir vernünftig, dass man den Begriff des Interesses nicht allzu eng auslegt, ist man doch gerade für die Auflageerfüllung oft auf Leute angewiesen, die sich nicht deshalb dafür einsetzen, weil sie einen persönlichen Vorteil erwarten, sondern weil sie sich gegenüber dem Erblasser verpflichtet fühlen.

Als erste Gruppe von Interessierten können die Erben in Betracht gezogen werden. Diese sind nicht nur regelmässig dem Erblasser nahestehende Personen und können deshalb ein Pietätsinteresse geltend machen, sondern haben als Rechtsnachfolger des Erblassers gleichsam dessen Interesse geerbt.

Neben den Erben können sich auch weiter entfernte Verwandte, Vermächtnisnehmer oder Freunde des Erblassers diesem gegenüber verpflichtet fühlen, für die Ausführung seines letzten Willens besorgt zu sein. Es handelt sich um Leute, die dem Erblasser zu Lebzeiten besonders nahe standen und deshalb Pietätsinteressen geltend machen

26 Von der Lehre wird allgemein anerkannt, dass die Popularklage ausgeschlossen sein soll; vgl. Tuor, N 14 zu Art. 482; Escher, N 20 zu Art. 482; Herzer, S. 29; Stifel, S. 149; Piotet, S. 149.

27 Vgl. Beck, S. 89; Tuor, N 14 zu Art. 482; Escher, N 20 zu Art. 482; Stifel, S. 150.

28 Escher, N 20 zu Art. 482; auch Tuor, N 14 zu Art. 482.

können ²⁹. Ein enger Freund des Testators wird vielleicht eher als die Erben wissen, was diesem am Herzen lag und auch bereit sein, sich um die Durchsetzung zu bemühen.

Sofern überhaupt Begünstigte vorhanden sind, bilden diese eine weitere Gruppe von Interessierten ³⁰. Der vom Erblasser klar bezeichnete Destinatär muss de lege lata ohne Zweifel zu den Vollziehungsberechtigten gezählt werden, hat er doch ein direktes, unter Umständen vermögensrechtliches Interesse an der Erfüllung der Auflage ³¹. Be-schwert ein Erblasser den Erben mit der Auflage, er müsse seinem Chauffeur einen angemessenen Betrag für einen sorglosen Lebensabend auszahlen, so ist der Chauffeur als Begünstigter vollziehungsberechtigt. Hat sich der Erblasser mit einer allgemeinen Zweckbestimmung begnügt, aus der sich der Kreis der möglichen Begünstigten ergibt, so muss das Interesse sicher all jenen zugesprochen werden, die vernünftigerweise als Leistungsempfänger in Frage kommen. Wenn z.B. der Erblasser im Testament festlegt, ein Geldbetrag müsse für die Förderung der Schweizer Kunst verwendet werden, so kann meines Erachtens jeder Schweizer, der den Anspruch erhebt, künstlerisch tätig zu sein, die Vollziehung der Auflage verlangen; dies bedeutet aber noch nicht, dass der Kläger selbst in den Genuss des Geldes kommt. Dazu kommen

²⁹ Vgl. Escher, N 20 zu Art. 482; Tuor, N 15 zu Art. 482; Herzer, S. 32; Brenni, S. 89; Piotet, S. 149; Stifel, S. 150.

³⁰ Vgl. Rossel/Mentha, S. 66; Escher, N 19 und 20 zu Art. 482; Tuor, N 15 zu Art. 482; Piotet, S. 149; Brenni, S. 89; Herzer, S. 31; Stifel, S. 150. Vgl. auch BGE 105 II 260, wo dem Begünstigten ein "Anspruch besonderer Art, der auf die Vollziehung des in der Auflage zu Tage getretenen erblasserischen Willens gerichtet ist", zugestanden wird. Der Begünstigte ist auch in Frankreich (vgl. Anm. 23) und in Italien (Trabucchi, S. 879 Anm. 1 a.E.) vollziehungsberechtigt, während Deutschland (vgl. BGB § 1940) und Oesterreich (vgl. Anm. 22) dem Begünstigten diesen Anspruch nicht gewähren.

³¹ Hier handelt es sich allerdings um einen bei der Auflage seltenen Fall, viel eher ist eine unbestimmte Mehrheit von Personen als begünstigt anzuschauen oder die Auflage ist einzig im Interesse des Erblassers aufgestellt. Ist ein Destinatär bezeichnet, dem der Erblasser einen bestimmten Vermögensvorteil zuteilt, so tritt die Auflage zugunsten des enger umschriebenen Vermächtnisses zurück; vgl. vorne § 6, S. 40 f.

als weitere Vollziehungsberechtigte die Organisationen, die sich mit der Kunstförderung befassen.

Sind unter den möglichen Destinatären juristische Personen, so kommen deren Organe als Vollziehungsberechtigte in Frage, wobei aber die einzelnen Mitglieder oder Gesellschafter durchaus ein eigenes Interesse haben können. Liegt schliesslich eine Auflage im öffentlichen Interesse, so können die betreffenden Behörden die Vollziehung verlangen.

Man muss sich weiter fragen, ob auch solche Personen, die sich nur indirekt für die Erfüllung der Auflage interessieren, ohne dass der Erblasser die Auflage zu deren Gunsten angeordnet hat, einen Vollziehungsanspruch haben. Können z.B. die Handwerker, welche auch schon Reparaturen am Haus des Erblassers vorgenommen haben oder die ihr Tätigkeitsfeld in der Umgebung der betreffenden Liegenschaft haben, die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn der Testator dem Erben seines Hauses eine Totalrenovation im Sinne des Heimatschutzes zur Auflage gemacht hat? Indirekt Interessierte im Sinne des genannten Beispiels gehören meines Erachtens nicht zu den gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 Vollziehungsberechtigten. Es muss vielmehr ein direktes Interesse am vom Erblasser mit der Auflage verfolgten Zweck verlangt werden, sonst lässt sich die Grenze zur Popularklage kaum mehr ziehen³². Anhand der aufgezeichneten Richtlinien ist für jeden einzelnen Fall zu prüfen, wer als Interessierter anzusehen ist. Dabei muss man sich immer das Ziel, dem Willen des Erblassers möglichst zum Durchbruch zu verhelfen, vor Augen halten, ohne aber bis zur Popularklage zu gehen; der Gesetzgeber hat diese nicht gewollt.

32 Vgl. Escher, N 20 zu Art. 482 und Piotet, S. 149, die ebenfalls ausdrücklich ein direktes Interesse verlangen. Tuor, N 14 zu Art. 482 lässt ein indirektes Interesse genügen, wenn der indirekt Interessierte genügend individualisiert ist; so auch Stifel, S. 150.

Dem Erblasser ist es meines Erachtens auch erlaubt, den Kreis der Vollziehungsberechtigten im Testament einzuschränken. Wie es im Rahmen der Verfügungsfreiheit liegt, überhaupt Auflagen anzuordnen, so soll der Erblasser auch deren Vollziehungsmöglichkeiten beschränken können ³³. Man kann sich z.B. vorstellen, dass der Erblasser einem eingesetzten Erben eine Auflage macht, aber sicher sein möchte, dass seine von ihm auf den Pflichtteil gesetzten gesetzlichen Erben dazu wie überhaupt zu Fragen, die seinen Nachlass betreffen, möglichst nichts zu sagen haben, weil er sich mit ihnen nicht versteht. Er entzieht ihnen die Vollziehungsberechtigung ausdrücklich. Vorstellbar wäre auch, dass der Testator allein den Willensvollstrecker damit vertrauen will, um Prozesse direkt zwischen den Erben nach Möglichkeit zu vermeiden.

b. Stellung des Willensvollstreckers

Hat der Erblasser jemanden zum Willensvollstrecker bestimmt und dieser das Mandat angenommen, so verpflichtet er sich damit, den letzten Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Dazu gehört auch die Vollziehung von Auflagen ³⁴. Oft wird der Willensvollstrecker in der Lage sein, kraft seiner Stellung eine Auflage zu vollziehen oder deren Vollziehung in die Wege zu leiten. Er ruft z.B. den gewünschten Pfarrer für die Abdankung herbei, stellt die vom Erblasser gemalten Bilder aus oder sorgt für die Einhaltung eines Teilungsverbots.

33 Vgl. Staudinger/Seybold, N 5 zu § 2194, der für Deutschland Ausdehnung und Einschränkung des Kreises der Klageberechtigten durch den Erblasser zulassen will.

34 Vgl. Seeger, S. 62/63; Schreiber, S. 49; Tuor, N 15 zu Art. 518; Escher, N 16 zu Art. 518; SJZ 51, 347 a.E.

Es gibt jedoch Fälle, in denen der Beschwerte nicht bereit ist, freiwillig zu erfüllen, der Willensvollstrecker aber die Auflage auch nicht selbst vollziehen kann. Es ist hier insbesondere an Auflagen zu denken, die der Beschwerte persönlich erfüllen muss. Kann nun der Willensvollstrecker die Vollziehung gerichtlich geltend machen? Ist er zur Klage aktivlegitimiert? Dies ist zu bejahen³⁵. Denn wenn er seine aus ZGB Art. 518 abgeleitete Pflicht, den Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, nicht auf anderem Weg erfüllen kann, so muss ihm die Klagemöglichkeit gegeben sein. Dabei handelt er als Partei in eigenem Namen. Sein "Interesse" im Sinne von ZGB Art. 482 leitet sich aus seinen Aufgaben gemäss ZGB Art. 518 ab³⁶.

Im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Testamentvollstreckers stellen sich vor allem zwei Probleme, die auch die Praxis immer wieder beschäftigen. Erstens fragt man sich, ob er auch gegen den übereinstimmenden Willen aller Erben auf der Erfüllung einer Auflage beharren muss. Zweitens stellt sich die Frage, ob er vor allem bei Auflagen, die eine Unterlassung zum Inhalt haben, noch Jahre nach der sonstigen Erfüllung seiner Aufgabe zur Ueberwachung und Durchsetzung der Auflage verpflichtet ist.

I. Auflageerfüllung gegen den übereinstimmenden Willen der Erben?

Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn die Erben Teilungsvorschriften oder ein Teilungsverbot nicht befolgen wollen. Sie kann jedoch auch sonst bei Auflagen aktuell werden, z.B. wenn der Erblasser von den Erben eine Renovation seines Hauses verlangt, die Erben aber alle einen Abbruch oder Neubau vorziehen.

35 Vgl. Schreiber, S. 73; Seeger, S. 97 und 98; Erl. zum VE, S. 392, wonach das "Klagerecht aus einer Auflage" u.a. in jedem Fall dem Willensvollstrecker zukommt.

36 Vgl. Stifel, S. 154.

In diesen Fällen ist der Willensvollstrecker gehalten, für die Durchsetzung des Erblasserwillens und damit der Auflage zu sorgen ³⁷.

Denn hat der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen getroffen - auch wenn deren Gründe für die Erben vielleicht nicht einsehbar sind - muss der Testamentsvollstrecker deren Erfüllung herbeiführen. Sind die Erben nicht bereit, die Auflageleistung zu erbringen, so steht es ihnen frei, Ausschlagung zu erklären oder, bei Verletzung des Pflichtteils durch die Auflage, mindestens Herabsetzung zu verlangen. Verstösst die Auflage gegen das Recht oder die guten Sitten, so kann deren Ungültigkeit geltend gemacht werden (vgl. ZGB Art. 482 Abs. 2) ³⁸. Durch einfache Uebereinkunft aller Erben dürfen jedoch Auflagen nicht beseitigt werden.

Es liegt auch nicht allein im Belieben des Willensvollstreckers, mit den Erben eine vom Erblasserwillen abweichende Lösung auszuhandeln, sind doch - mindestens theoretisch - meist noch andere Vollziehungsberechtigte vorhanden, die mit einer Klage die ganze Abmachung wieder zu Fall bringen könnten.

Gerade im Zusammenhang mit einer Auflage, die alle Erben gemeinsam belastet, hätten es diese etwas zu leicht, eine ihnen lästige Auflage zu Fall zu bringen, indem sie übereinstimmend eine andere Lösung beschliessen. Hier muss der Willensvollstrecker eingreifen und seine ihm vom Erblasser überbundene Verpflichtung wahrnehmen. Handelt es sich um einen Fall, in dem eine Auflage zwar erfüllt wird, die Erben aber zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit haben, alles rückgängig zu machen - dies ist vor allem bei Teilungsvorschriften denkbar - so ist das ihre Sache. Es handelt sich dann nicht um ein mit der Testamentsvollstreckung zusammenhängendes Geschäft, sondern um

37 In diesem Sinn für die Teilung: Tuor, N 16 zu Art. 518; Escher, N 17 zu Art. 518; Schreiber, S. 50.

38 Vgl. hinten § 17, S. 104 ff.

Geschäfte unter den Erben, auf die der Willensvollstrecker keinen Einfluss mehr nehmen kann.

II. Ueberwachungs- und Durchsetzungspflicht bei Auflagen, die einen Dauerzustand schaffen wollen

Nicht alle Auflagen sind so beschaffen, dass ihre endgültige Erfüllung zeitlich mit der Teilung zusammenfällt und durch eine einzige Handlung erledigt ist. Wenn der Erblasser z.B. dem Beschwerten eine Unterlassungspflicht auferlegt, kann die Pflicht auf Jahre hinaus bestehen³⁹. Gehört es nun noch zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, nachdem er alle seine sonstigen Pflichten erfüllt und die Teilung vorgenommen hat, die Einhaltung der Auflageverpflichtungen zu überwachen und vielleicht Jahre nach dem Tod des Erblassers durchzusetzen? Wer muss die Kosten der fortdauernden Willensvollstreckung tragen?

Das ZGB nennt zwar den Zeitpunkt der Beendigung des Vollstreckeramtes nicht; es liegt aber nahe, diesen mit der Erfüllung der Aufgaben zusammenfallen zu lassen⁴⁰. Da die Durchsetzung von Auflagen ebenfalls zum Aufgabenbereich des Testamentvollstreckers gehört, muss er auch in den erwähnten Fällen noch dafür sorgen, es sei denn, er erkläre nach Abschluss der Teilung seinen Rücktritt⁴¹.

Aus den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Auflageerfüllung nach der Teilung entstehen dem Willensvollstrecker Kosten, für die er

39 Z.B. die Erben dürfen das vererbte Haus nicht abbrechen, den Rebberg nicht parzellieren und verkaufen, den Betrieb nicht vergrössern, eine bestimmte Person nicht in die Geschäftsleitung berufen.

40 Tuor, N 14 zu Art. 517; Escher, N 22 zu Art. 518; Seeger, S. 100; Schreiber, S. 97.

41 Vgl. Tuor, N 16 zu Art. 517; Escher, N 20 zu Art. 518; Piotet, S. 159, die den Rücktritt des Willensvollstreckers als möglichen Beendigungsgrund nennen.

sich nicht mehr direkt aus dem Gesamtnachlass befriedigen kann, wenn die Teilung bereits erfolgt ist. Wurde nicht bei der Teilung eine Rückstellung gebildet, so muss sich der Testamentsvollstrecker in einem solchen Fall an die Erben halten, die ihm gemäss ZGB Art. 639 Abs. 2 während fünf Jahren nach der Teilung bzw. nach dem Zeitpunkt, auf den die Forderung später fällig wird, solidarisch für den Ersatz seiner Auslagen haften ⁴².

Allerdings ist im Verlauf der Jahre eine derartige Veränderung der Situation denkbar, dass man annehmen muss, der Erblasser hätte unter diesen Umständen die Auflage nicht mehr gewollt. Z.B. würde die strikte Befolgung der Auflage, den vom Erblasser aufgebauten Betrieb nicht zu vergrössern, zum Ruin führen.

In solchen Fällen fragt es sich, ob die gemäss ZGB Art. 519 Abs. 2 dazu Legitimierten innert der Frist von ZGB Art. 521 ⁴³ Irrtum (ZGB Art. 469) geltend machen müssen, damit die unter den veränderten Verhältnissen nicht mehr dem Willen des Erblassers entsprechende Auflage aufgehoben wird. Der Erblasser rechnete bei der Abfassung des Testaments nicht mit der völligen Veränderung der Verhältnisse. Man kann in solchen Fällen nicht von einem eigentlichen Irrtum sprechen, da sich die falschen Vorstellungen auf Zukünftiges und nicht auf feststehende Tatsachen beziehen ⁴⁴. Aus diesem Grund ist die Berufung auf Irrtum abzulehnen. Hier muss meines Erachtens vielmehr die

42 Vgl. Piotet II, S. 656, der die Anwendung von Art. 639 Abs. 2 auch auf Erbgangsschulden m.E. zu Recht bejaht, während Escher, N 22 zu Art. 639 und Tuor/Picenoni, N 15 a zu Art. 639 eine Verjährung der Solidarhaftung - sofern diese überhaupt bejaht werde - nicht für möglich halten.

43 Die Ungültigkeitsklage muss spätestens 10 Jahre nach Eröffnung der Verfügung eingereicht sein (Verwirkungsfrist, vgl. Nabholz, S. 184), nachher kommt als rein defensives Mittel noch eine Einrede in Betracht.

44 Vgl. Escher, N 6 zu Art. 469, der dann aber Art. 469 auf solche Fälle analog anwenden will. Tuor, N 21 zu Art. 469 und Picenoni, S. 54 unterstellen ohne weiteres auch den "Irrtum über Zukünftiges" Art. 469; vgl. auch BGE 75 II 284 f. Erw. 4. Zur Diskussion dieser Frage in Deutschland vgl. Kipp/Coing, § 24 II 2, S. 165 ff.

für das Vertragsrecht entwickelte "clausula rebus sic stantibus" auf erbrechtliche Verhältnisse übertragen werden⁴⁵. Der Richter muss unter Berufung auf den hypothetischen Willen des Erblassers und in Berücksichtigung der völlig veränderten Verhältnisse die Auflage aufheben oder eventuell abändern können. Das Verbot der ergänzenden Testamentsauslegung⁴⁶ kann diesem Vorgehen nicht entgegenstehen. "Im Falle des Eintritts veränderter Umstände nach der Testamentserrichtung kann es (das Verbot der ergänzenden Auslegung) aber meines Erachtens der Natur der Sache nach keine Anwendung finden; denn wo doch einmal feststeht, dass der Erblasser zu den veränderten Umständen nicht mehr Stellung genommen hat, wird es sinnlos, am Erfordernis der Andeutung seines Willens als Voraussetzung der Auslegung festzuhalten"⁴⁷. Dies muss in vermehrtem Masse gelten, wenn sich die Verhältnisse erst nach dem Erbgang entscheidend ändern; es ist undenkbar, dass der Erblasser im Testament zu allen in Frage kommenden Änderungen der Verhältnisse Stellung nimmt. Sein mutmasslicher Wille kann also nicht einmal andeutungsweise im Testament zum Ausdruck kommen.

c. Stellung des Erbschaftsverwalters

Bei der Aufzählung der möglichen Vollziehungsberechtigten nach ZGB Art. 482 Abs. 1 nennen die Erläuterungen zum Vorentwurf und die Kommentatoren auch den Erbschaftsverwalter⁴⁸. Es ist zu prüfen, ob einem solchen aufgrund seiner besonderen Stellung stets die Voll-

45 Vgl. vorne § 9 A, S. 61. Andeutungsweise bejaht auch Herzer, S. 52 ein solches Vorgehen; Riemer ST N 448 schliesst die Anwendung der "clausula" bei letztwilligen Verfügungen zwar nicht direkt aus, aber zieht für unselbständige Stiftungen in Form von letztwilligen Verfügungen unter Auflage zu Recht ZGB Art. 86 als gesetzlich normierten Anwendungsfall der "clausula" heran.

46 Vgl. Picononi, S. 70, der verlangt, dass sich der hypothetische Wille irgendwie aus dem Text des Testaments ergeben müsse; vgl. auch BGE 64 II 189.

47 Fahrländer, S. 86, der ein solches Vorgehen für die Schweiz in Anlehnung an die in Deutschland weitherzigere Praxis bejaht.

48 Erl. I, S. 392; Escher, N 20 zu Art. 482; Tuor, N 16 zu Art. 482.

ziehungsberechtigung bzw., wie dem Willensvollstrecker, eine Pflicht zur Vollziehung zukommt.

Der Erbschaftsverwalter entfaltet seine Tätigkeit gemäss ZGB Art. 554, unter Umständen auch als Liquidator gemäss ZGB Art. 593 ff., insbesondere im Interesse der Erben und der Erbschaftsgläubiger⁴⁹; die Ausführung des letzten Willens des Erblassers gehört nicht zu seinen Aufgaben.

Im Rahmen der reinen Verwaltungstätigkeit aufgrund von ZGB Art. 554 sind kaum Fälle denkbar, in denen es schon um die Erfüllung und Durchsetzung von Auflagen ginge, es sei denn, es handle sich um Auflagen, die wegen ihres Inhalts schon während der Tätigkeit des Erbschaftsverwalters erfüllt werden müssen⁵⁰. Doch selbst dann müsste sich dieser nicht kraft seines Amtes dafür einsetzen, weil ihm die Erfüllung des letzten Willens nicht obliegt.

Wird der Erbschaftsverwalter im Sinne von ZGB Art. 593 ff. als Liquidator tätig, so ist er nach ZGB Art. 596 verpflichtet, Vermächtnisse nach Möglichkeit auszurichten. Ist diese Bestimmung analog auf vermögensrechtliche Auflagen anwendbar⁵¹? Meines Erachtens wäre dies deshalb bedenklich, da es sich nicht wie beim Vermächtnis um eine Leistung an eine klar bestimmte Person handelt, sondern um eine Leistung an jemanden, dessen Auswahl dem Erben obliegt.

Richtet er ein auflagebeschwertes Vermächtnis aus, so liegt es meines Erachtens auch nicht an ihm, die Erfüllung dieser Auflage durchzusetzen. Hier erschöpft sich seine Aufgabe darin, den Nachlass zu

49 Vgl. Herzer, S. 33.

50 Zum Beispiel eine Bestattungsauflage.

51 So Stifel, S. 153.

liquidieren und einen allfälligen Ueberschuss den Erben zu übergeben ⁵².

Handelt es sich nun um Auflagen nicht vermögensrechtlichen Charakters, so hat der Liquidator ebenfalls nichts damit zu tun. Aus seiner Amtsstellung ergibt sich keine Durchsetzungspflicht, er ist diesbezüglich nicht mit dem Willensvollstrecker zu vergleichen.

§ 13 Der Gerichtsstand

Als Gerichtsstand für die Auflagevollziehungsklage stehen zwei Möglichkeiten zur Diskussion; nämlich erstens der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten, in diesem Zusammenhang also des Auflagebeschwerten, und zweitens das forum hereditatis, der letzte Wohnsitz des Erblassers (vgl. ZGB Art. 538 Abs. 2).

Zuerst ist zu prüfen, ob der letztere Gerichtsstand zum Zuge kommt. Bei Bejahung würde wegen der Ausschliesslichkeit ⁵³ dieses vom Bundesrecht statuierten Forums der ordentliche Gerichtsstand wegfallen. In diesem Fall nützt dem Beklagten eine Berufung auf BV 59 auch dann nichts, wenn man die Auflagevollziehungsklage für eine persönliche Ansprache im Sinne von BV Art. 59 hält. Denn wegen BV Art. 113 Abs. 3 kann das Bundesgericht den bundesrechtlichen Gerichtsstand von ZGB Art. 538 Abs. 2 nicht daraufhin überprüfen, ob er BV Art. 59 entspricht.

ZGB Art. 538 Abs. 2 zählt einzelne Klagen auf, für die das forum

⁵² Vgl. Stifel, S. 153.

⁵³ Sträuli/Messmer, N 3 zu § 5; Guldener, S. 105 Anm. 99; Kummer, S. 50.

hereditatis gilt. Weder die Klage auf Vollziehung einer Auflage noch die Vermächtnisklage, die mit jener verwandt ist, ist in ZGB Art. 538 Abs. 2 erwähnt. Aus dem Vorentwurf und den Erläuterungen zum ZGB lässt sich nicht entnehmen, ob es sich dabei um eine abschliessende oder nur um eine beispielhafte Aufzählung handle, da diese Gerichtsstandsbestimmung darin noch nicht enthalten war. Die Ausführungen des Berichterstatters der Kommission deuten jedoch darauf hin, dass man damals nur an die ausdrücklich erwähnten Klagen gedacht hat⁵⁴.

In der Lehre hingegen ist man heute mehrheitlich der Auffassung, es handle sich nicht um eine abschliessende Aufzählung; in diesem Sinne hat sich auch das Bundesgericht geäussert⁵⁵.

Als Grund für die Festlegung des einheitlichen Gerichtsstandes von ZGB Art. 538 Abs. 2 wird neben der besseren Erreichbarkeit gewisser Sachen und Informationen auch die Ueberlegung mitgespielt haben, dass man nach Möglichkeit einander widersprechende Urteile verschiedener Gerichte verhindern müsse. Obwohl die Auflagevollziehungsklage in ZGB Art. 538 Abs. 2 nicht erwähnt ist, sprechen die genannten Gründe dafür, dass sinnvollerweise auch diese Klage dem forum hereditatis unterstellt sein muss. Denn wie in den in Art. 538 Abs. 2 erwähnten Fällen steht auch hier oft nicht ein einzelner, sondern eine Mehrzahl von Beschwerzten dem Kläger gegenüber.

Es wäre nun ausserordentlich bemühend für denjenigen, der klagen muss, unter Umständen mehrere Prozesse in verschiedenen Kantonen

54 Vgl. StenBull NR 16, 270.

55 Vgl. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 5; Guldener, S. 87; Tuor/Picenoni, N 15 zu Art. 538; Burckhardt, S. 551; Müller-Hellbach, S. 128 insbesondere für die Vermächtnisklage; BGE 72 I 177.

anzustrengen, weil die Auflagebeschwerten nicht bereit sind, sich am letzten Wohnsitz des Erblassers einzulassen ⁵⁶. Bei der Auflage hat der Kläger auch in den seltensten Fällen für sich einen persönlichen Vorteil zu erwarten. Stellen sich ihm nun noch prozessuale Hindernisse in den Weg, wird seine Klagebereitschaft sinken. Dem könnte man entgegen, damit werde der Beklagtenschutz vernachlässigt; der Beschwerde müsse sich unter Umständen ausserhalb seines Wohnsitzkantons einklagen lassen. Aber muss er dies nicht für andere erbrechtliche Klagen, wo sich keine besseren Gründe als hier aufzählen lassen, auch tun? Und ist es nicht für alle Beteiligten wertvoll zu wissen, dass alle erbrechtlichen Klagen im weiteren Sinn, alle durch den Erbgang entstandenen Ansprüche am letzten Wohnsitz des Erblassers geltend zu machen sind? So spricht sich insbesondere Guldener ausdrücklich für den Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers für alle erbrechtlichen Klagen aus ⁵⁷.

Ob man die Auflagevollziehungsklage nun als persönliche Ansprache im Sinne von BV Art. 59 anschauet oder nicht ⁵⁸, es muss aus einleuchtenden praktischen Gründen der bundesrechtliche Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers auch für diesen sich aus dem Erbrecht ergebenden Anspruch akzeptiert werden. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung von ZGB Art. 538 Abs. 2 ⁵⁹.

Schon heute enthalten viele kantonale Prozessordnungen eine ausdrück-

56 Denn auch wenn man solidarische Haftung der Auflagebeschwerten annimmt, ist es für die Durchsetzung gewisser Auflagen doch ratsam und von Vorteil, nicht nur einen, sondern mehrere einzuklagen.

57 Guldener, S. 87; Brenni, S. 99 scheint - ohne Begründung - das forum hereditatis neben dem ordentlichen Gerichtsstand gelten zu lassen.

58 Befürwortend für die verwandte Vermächtnisklage Schoch, S. 137; dagegen, ebenfalls für die Vermächtnisklage, Burckhardt, S. 551.

59 Vgl. Kummer, S. 20 zur Zulässigkeit bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften: "Solche Koordinationsmassnahmen können aber auch ungeschriebenes, sich implizit aus dem geschriebenen ergebendes Bundesrecht sein."

liche Bestimmung, die alle erbrechtlichen Klagen dem Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers unterstellt ⁶⁰; aber im Hinblick auf kantonale Bestimmungen stellt sich immer die Frage, ob nicht BV 59 zum Zug komme. Eine ausdrückliche bundesrechtliche Regelung wäre am Platz; vergleichbar mit der Regelung in § 27 der deutschen ZPO.

Der Gerichtsstand von ZGB Art. 538 Abs. 2 ist nicht zwingend. Es bleibt also Platz für eine Prorogation oder für einen andern, durch Einlassung begründeten Gerichtsstand; insbesondere für die Rückkehr an den Wohnsitzgerichtsstand. Zweckmässig ist dies aber höchstens für Fälle, wo nur eine Person Auflagebeschwerter ist.

60 Vgl. Guldener, S. 88.

6. ABSCHNITT: FÄLLIGKEIT; VERJÄHRUNG UND DAUER DER AUFLAGEVERPFLICHTUNG

§ 14 Die Fälligkeit

Eine Forderung ist ganz allgemein dann fällig, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangen kann ¹. In bezug auf die Fälligkeit der Auflage besteht eine spezielle gesetzliche Regelung; gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 kann die Vollziehung von Auflagen verlangt werden, "sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist" ².

Was bedeutet dies, wenn ein gesetzlicher Erbe Auflagebeschwerter ist? Auf diesen Fall, bei dem die Auflage nicht direkt mit einer andern Verfügung des Erblassers verbunden ist, ist die gesetzliche Formulierung gerade nicht zugeschnitten. Dennoch ist meines Erachtens auch dieser Fall dem Sinn nach in ZGB Art. 482 Abs. 1 enthalten ³. Es fehlt zwar an der ausdrücklichen erblasserischen Verfügung, aber der Beschwerter ist von Gesetzes wegen mit dem Tode des Erblassers dessen Erbe geworden. Nach dem Sinn von ZGB Art. 482 Abs. 1 tritt die Fälligkeit von Auflagen, mit denen die gesetzlichen Erben belastet sind, dann ein, wenn der Erbe 'den Nachlass definitiv erwirbt. Dies ist in der Regel der Fall, wenn er die Erbschaft nicht mehr ausschlagen kann, sei es, dass er die Annahme erklärt hat oder

1 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 1316; v.Tuhr/Escher, S. 45.

2 Die französische Fassung spricht von "dès que les dispositions elles-mêmes ont déployé leurs effets"; die italienische Version von "tosto che le disposizioni stesse abbiano spiegato il loro effetto". Die drei Texte stimmen nicht ganz überein; die deutsche Fassung ist am einschränkendsten formuliert; vgl. dazu hinten Anm. 7, S. 95.

3 Vgl. Tuor, N 20 zu Art. 482; Stifel, S. 143. Escher, N 25 zu Art. 482; Brenni, S. 97 und Krayenbühl, S. 83 vertreten hier eine analoge Anwendung von ZGB Art. 562 Abs. 2, kommen aber auf das gleiche Resultat wie jene, die ZGB Art. 482 Abs. 1 auch hier für anwendbar erklären. Es scheint mir richtiger, sich in diesem Fall auf Art. 482 Abs. 1 zu stützen.

dass die Ausschlagungsfrist von ZGB Art. 567 abgelaufen ist ⁴. Inso-
weit besteht Uebereinstimmung mit der Regelung der Fälligkeit von
Vermächtnissen (vgl. ZGB Art. 562 Abs. 2). Ist die Erbschaftsverwal-
tung angeordnet worden (vgl. ZGB Art. 556 Abs. 3), so wird die Auf-
lage im Gegensatz zum Vermächtnis erst nach der Auslieferung der
Erbschaft an die gesetzlichen Erben fällig.

Sind die eingesetzten Erben belastet, so tritt die Fälligkeit eben-
falls erst bei Auslieferung der Erbschaft ein, da ZGB Art. 482 Abs.
1 verlangt, die Verfügung müsse zur Ausführung gelangt sein. Aus ZGB
Art. 556 Abs. 3 und 559 Abs. 2 ergibt sich, dass die Erbschaft den
eingesetzten Erben nicht sofort ausgeliefert werden kann. Erst wenn
ihnen der Besitz durch den Erbschaftsverwalter oder die gesetzlichen
Erben übertragen worden ist, wird die ihnen auferlegte Auflage fäl-
lig. Damit besteht auch hier ein Unterschied zum Vermächtnis, wel-
ches gemäss ZGB Art. 562 Abs. 2 schon mit der Annahme oder dem Ab-
lauf der Ausschlagungsfrist fällig wird.

Ist schliesslich ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage belastet,
so genügt es nicht, dass das Vermächtnis zugunsten des Vermächtnis-
nehmers gemäss ZGB Art. 562 Abs. 2 rechtlich wirksam geworden ist;
das Legat muss bereits ausgerichtet worden sein. Da ein Vermächtnis-
nehmer weder gezwungen ist, das Vermächtnis innerhalb eines bestimm-
ten Zeitraums ausdrücklich anzunehmen, noch dessen Auslieferung vor
Ablauf der Frist von ZGB Art. 601 zu verlangen, tritt die Fälligkeit
einer Auflage unter Umständen erst längere Zeit nach dem Tode des
Erblassers ein. Ein an der Vollziehung Interessierter bleibt dann
auch längere Zeit im Ungewissen über die Person dessen, der schliess-
lich die Auflage erfüllen muss. Denn jene Auflagen, bei deren Erfül-
lung es nicht auf die Person des Beschwerten ankommt, gehen bei Aus-
schlagung des Vermächtnisses auf denjenigen über, dem die Ausschla-

4 Vgl. Tuor, N 20 zu Art. 482.

gung zugute kommt ⁵. Bei dieser Rechtslage kann sich der an der Vollziehung der Auflage Interessierte gemäss Tuor ⁶ auf ZGB Art. 2 berufen, wenn der Vermächtnisnehmer in schikanöser Weise die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses hinauschiebt; eine Lösung, die nur in Extremfällen erfolgreich sein wird.

Der in der deutschen Fassung in bezug auf die Fälligkeit von Auflagen einschränkend formulierte Art. 482 Abs. 1 schliesst eine der Vermächtnisregelung (vgl. ZGB Art. 562 Abs. 2) entsprechende Auslegung aus ⁷. Meines Erachtens wäre jedoch de lege ferenda gegenüber beschwerten Erben die Regelung vorzuziehen, wie sie gemäss ZGB Art. 562 Abs. 2 für Vermächtnisse gilt; demnach würde die Auflage bereits mit dem definitiven Rechtserwerb durch die Erben fällig. Gegenüber beschwerten Vermächtnisnehmern wäre jene Lösung wünschbar, die aus Lückenfüllung für das Untervermächtnis vertreten wird; die Fälligkeit tritt hier gleichzeitig mit der Fälligkeit des Vermächtnisses ein ⁸. Weshalb sollte ein auflagebeschwerter Bedachter besser gestellt sein als einer, dem ein Vermächtnis auferlegt ist? Für die geltende Lösung spricht allerdings, dass der Beschwerte unter Umständen nicht in der Lage ist, die Auflage zu erfüllen, bevor er die Sache hat.

Die beschriebene, aus dem Gesetz ersichtliche Regelung der Fälligkeit der Auflage ist jedoch nicht zwingender Natur ⁹; mit der Annahme eines zwingenden Fälligkeitstermins würde man den Anwendungsbereich der Auflage unnötigerweise einschränken. Es steht dem Erblasser

5 Vgl. hinten § 24, S. 152 ff.

6 Vgl. Tuor, N 19 zu Art. 482; auch Stifel, S. 146; Krayenbühl, S. 83/84.

7 Nach der französischen und italienischen Fassung von ZGB Art. 482 Abs. 1 (vgl. vorne Anm. 2) liesse sich sowohl die mit dem deutschen Text übereinstimmende engere, als auch die weitere, ZGB Art. 562 Abs. 2 entsprechende Auslegung vertreten.

8 Vgl. Tuor/Picenoni, N 8 zu Art. 562; Escher, N 9 zu Art. 562.

9 Vgl. Tuor, N 21 zu Art. 482; Stifel, S. 144; Brenni, S. 96; Herzer, S. 59.

ser unbestrittenermassen frei, seine Auflage zu befristen oder mit einer Suspensivbedingung zu versehen¹⁰. Auch kann sich aus dem Inhalt der Auflage ein früherer oder späterer Fälligkeitstermin ergeben, ohne dass sich der Erblasser speziell dazu geäußert hat¹¹. Ist dies jedoch nicht der Fall, dann gilt die gesetzliche Regelung, wonach Auflagen erst mit dem tatsächlichen Erwerb der Zuwendung durch Erben oder Vermächtnisnehmer fällig werden.

§ 15 Die Verjährung

Die Verjährung von Auflagen ist im ZGB nicht besonders geregelt. Soll dies bedeuten, dass der Gesetzgeber bewusst zu diesem Punkt geschwiegen und damit eine unverjährbare Verpflichtung begründet hat¹²? Unverjährbare Forderungen sind im schweizerischen Recht nur als seltene Ausnahme zu finden¹³; im vorliegenden Fall spricht nichts für einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers.

OR Art. 127 statuiert eine Verjährungsfrist für alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt¹⁴. Aufgrund von ZGB Art. 7 kommt die Anwendung der erwähnten obligationenrechtlichen Bestimmung auf die erbrechtliche Auflage in Frage.

-
- 10 Der Erblasser auferlegt z.B. seinem Erben die Auflage, bei der nächsten Naturkatastrophe in Europa Fr. 10'000.-- für die Geschädigten zu spenden.
- 11 Als Beispiel für die frühere Fälligkeit lassen sich hier die häufigen Auflagen, die die Bestattung betreffen, anführen.
- 12 Diese Meinung vertritt Escher, N 22 zu Art. 482, der allerdings die Forderungsnatur des Vollziehungsanspruchs ablehnt und daraus Unverjährbarkeit ableitet; auch Müller, S. 245.
- 13 Vgl. z.B. ZGB Art. 807, der durch Grundpfand gesicherte Forderungen für unverjährbar erklärt oder SchKG Art. 149 Abs. 5, wonach gegenüber dem Schuldner in einem Verlustschein verurkundete Forderungen unverjährbar sind. Für weitere Fälle vgl. Spiro, § 334 ff., insbesondere § 337 ff.
- 14 Zur Forderungsnatur des Auflagevollziehungsanspruchs vgl. vorne § 4 E, S. 28 ff. und § 11 A, S. 71.

Die gleiche Verjährungsfrist ¹⁵ wie OR Art. 127 - 10 Jahre - sieht ZGB Art. 601 für Vermächtnisse vor. Wegen der engen Verwandtschaft zwischen den beiden Rechtsinstituten drängt sich die Anwendung der für das Vermächtnis geltenden Regelung auf Auflagen auf. ZGB Art. 601 weicht einzig in bezug auf den Beginn der Frist von der allgemeinen Regelung des OR ab.

Während gemäss OR Art. 130 die Verjährung allgemein mit der Fälligkeit der Forderung beginnt, sieht ZGB Art. 601 verschiedene Möglichkeiten vor. Danach kann die Verjährung der Vermächtnisklage mit der Mitteilung der Verfügung an den Bedachten anlaufen; dies in den Fällen, in denen die Fälligkeit bereits vor der Mitteilung gemäss ZGB Art. 558 eintritt ¹⁶: In allen übrigen Situationen wird auf die Fälligkeit der Zuwendung abgestellt.

Die entsprechende Anwendung von ZGB Art. 601 auf Auflagen wird auch in der Lehre vertreten ¹⁷; Gerichte haben sich dazu ebenfalls schon positiv geäußert. "En effet, la charge présente avec le legs de telles ressemblances que les dispositions concernant celui-ci peuvent et doivent, à défaut d'autres, lui être appliquées par analogie (...). Les dispositions de l'article 601 Ccs concernant les délais de prescription de l'action du légataire doivent, notamment être

15 Dass es sich hier um eine Verjährungs- und nicht etwa um eine Verwirkungsfrist handelt, scheint man sich einig zu sein; vgl. Nabholz, S. 191; Müller-Hellbach, S. 128. Der Vermächtnisnehmer (wie auch der an der Auflage Interessierte) besitzt ja ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten, und grundsätzlich unterliegen nach schweizerischem Recht alle Forderungen der Verjährung; vgl. Spiro, § 334; v.Tuhr/Escher, S. 212.

16 Eine solche Mitteilung gemäss ZGB Art. 558 muss auch einem allfälligen Aufлагedestinatär gemacht werden; vgl. Escher, N 1 zu Art. 558; Tuor/Picenoni, N 1 zu Art. 558.

17 Vgl. Piotet, S. 152; Spiro, § 61, S. 132 Anm. 23. Ausdrücklich abweichende Meinung vgl. Anm. 1.

considérées comme applicables à l'action découlant de l'article 482 Ccs" 18.

Wird nun die an sich für Vermächtnisse geschaffene Regelung auf Auflagen entsprechend übertragen, so bedeutet dies, dass in den weitaus häufigsten Fällen der für Auflagen ohnehin spät angelegte Zeitpunkt der Fälligkeit für den Beginn der Verjährung massgebend sein wird 19. Dies gilt auch für jene Auflagen, bei denen der klar bezeichnete Destinatär fehlt. Denn hier wäre eine Mitteilung gemäss ZGB Art. 558 nicht denkbar. In Ausnahmefällen kommt jedoch auch bei Auflagen der Zeitpunkt der Mitteilung der Verfügung als Beginn der Verjährungsfrist in Frage, dort z.B., wo sich ein besonders früher Fälligkeitstermin aus der Verfügung des Erblassers ergibt und wo zusätzlich ein klar bestimmter Destinatär bezeichnet ist, an den auch eine Mitteilung gemäss ZGB Art. 558 gehen muss. Der Erblasser bestimmt z.B., dass seiner Haushälterin vom Tag seines Todes an ein "angemessener Betrag zur Bestreitung des Lebensunterhalts" bezahlt werden müsse. Hier wäre der Zeitpunkt der Mitteilung massgebend für den Beginn der Verjährungsfrist.

Jedenfalls kann die Frist niemals vor der Fälligkeit der Auflage zu laufen beginnen. Hat nun der Erblasser eine suspensiv bedingte Auflage ins Testament aufgenommen, so läuft die Verjährung der Auflageverpflichtung nicht vor Eintritt der Bedingung. Ein Testator vermacht z.B. einem seiner Erben sein Grundstück mit Ferienhaus in einem Bergdorf, verlangt aber, dass der Erbe den im Fall eines Verkaufs erlangten Gewinn unter Bedürftige des Dorfes zu verteilen habe. In diesem Beispiel würde die Verjährung der Auflageverpflichtung erst

18 ZBJV 73, 89. Das Bundesgericht bejaht in BGE 76 II 209 die analoge Anwendung von ZGB Art. 601 auf Auflagen.

19 Zum Zeitpunkt der Fälligkeit vgl. vorne § 14, S. 93 ff.

mit Eintritt der Bedingung, nämlich einem Verkauf mit Gewinn zu laufen beginnen ²⁰.

Hat nun ein Erblasser einem Erben eine Unterlassungspflicht auferlegt, so entsteht ein klagbarer Anspruch erst mit der Verletzung der Unterlassungspflicht ²¹. Dieser Anspruch wird dann sofort fällig, und damit beginnt auch die Verjährung zu laufen.

Für weitere Fragen im Zusammenhang mit der Verjährung von Auflagen - z.B. in bezug auf Unterbrechung oder Stillstand - sind OR Art. 127 ff. heranzuziehen.

§ 16 Zulässige Dauer der Auflageverpflichtung

Es stellt sich die Frage, ob die zulässige Dauer einer Auflage irgendeine Grenze finde ²². Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung läge es in erster Linie am Erblasser, eine solche festzulegen. Er bestimmt z.B. im Testament, der Erbe seines Rebbergs dürfe diesen 20 Jahre nach Antritt der Erbschaft nicht veräussern. Hat er eine solche Befristung nicht vorgenommen, so stellt sich die Frage, ob damit der Auflagebeschwerte auf unbestimmte Dauer gebunden sein solle oder ob sich aus der Rechtsordnung eine Begrenzung ableiten lasse.

20 Vgl. den ähnlichen Fall in ZBJV 73, 89, wo m.E. aber ein Vermächtnis vorliegt. Auch im von BGE 76 II 202 ff. behandelten Fall begann die Verjährung erst im Zeitpunkt zu laufen, als gerichtlich entschieden war, dass die ursprünglich mit dem unwirksamen Vermächtnis verbundene Auflage nun die gesetzlichen Erben belasten sollte (vgl. insbesondere, S. 208/209).

21 Vgl. Gauch/Schluep/Jäggi, N 2084; v.Tuhr/Escher, S. 219.

22 Nach Spiro geht es hier um eine Fatalefrist; eine einfache Befristung, die weder der Wahrung noch der Unterbrechung zugänglich ist. Vgl. Spiro, § 366, S. 911 Anm. 5.

Im BGB finden sich Begrenzungen für Vermächtnis, Nacherbschaft und Teilungsverbot, während in der Lehre eine ähnliche, generell für Auflagen gültige Befristung eindeutig abgelehnt wird²³. Das ZGB kennt weder für Auflagen noch für die nach BGB befristeten Rechtsinstitute eine Höchstdauer. Ebenso muss für die Schweiz das Vorliegen einer in dieser Beziehung gefestigten Lehre und wegweisenden Rechtsprechung verneint werden²⁴.

Es ist gerechtfertigt, dass für Auflagen nicht eine einheitliche Höchstdauer festgelegt ist, steht doch dieses Institut für verschiedenartigste Zwecke zur Verfügung²⁵. Man steht, auch was die Dauer anbelangt, auf dem Boden der Verfügungsfreiheit; erst wenn gerade wegen der Dauer ein Verstoß gegen das Recht oder die guten Sitten angenommen werden muss, hat man eine anfechtbare Auflage vor sich (vgl. ZGB Art. 482 Abs. 2). In diesem Sinne drückt sich auch das Bundesgericht aus: "Solange ein Bedachter die Vorteile einer letztwilligen Verfügung genießt, kann er daher auch durch damit verbundene Auflagen verpflichtet werden, sofern diese nur nicht unsittlich oder widerrechtlich sind"²⁶.

23 Vgl. BGB §§ 2162, 2109 und 2044 Abs. 2: Unwirksamkeit der Verfügung 30 Jahre nach dem Erbfall. In bezug auf Auflagen, allerdings ohne dass die Regelung betreffend Teilungsverbot speziell genannt wäre, vgl. Kipp/Coing, § 64 VI, S. 375; Staudinger/Seybold, N 4 vor § 2192 und N 13 zu § 2192 (Staudinger/Otte, N 16 zu § 2192); BGB-RGRK N 11 zu § 2192.

24 Vgl. Spiro, § 443, S. 1190 und § 457, S. 1236.

25 Insbesondere kommen auch stiftungsähnliche Dauerzwecke (unselbständige Stiftungen in Form einer letztwilligen Verfügung unter Auflage) in Frage. Riemer, ST N 459 rät allerdings wegen der Rechtsunsicherheit, die in bezug auf den Weiterbestand der Auflage bei Trägerwechsel besteht, im Zweifel eine selbständige Stiftung zu errichten.

26 BGE 87 II 362; vgl. auch Spiro, § 443, S. 1191, der festhält, dass ohne besondere Bestimmung (ZGB Art. 27 Abs. 2 und OR Art. 19 Abs. 2 seien allgemein gehalten) eine Verpflichtung wegen ihrer Dauer unzulässig sein könne.

In diesem Fall hatte ein Erblasser vom Vermächtnisnehmer, dem er seine Familienliegenschaft vermacht hatte, verlangt, dass er bei einer Veräusserung der Liegenschaft einen allfälligen Mehrerlös unter die Erben zu verteilen habe. Dieser Verpflichtung war keine Befristung angefügt. Obwohl hier meines Erachtens ein bedingtes Unter Vermächtnis vorliegt, behandelte das Bundesgericht diese testamentarische Anordnung als Auflage und hatte Gelegenheit, sich mit der Frage der zulässigen Dauer einer Auflage zu befassen. Musste ein fast 30 Jahre nach dem Tod des Erblassers erlangter Gewinn aus Enteignung noch unter die Erben verteilt werden? Eine Verjährung war in diesem Fall sicher nicht eingetreten, war die Verpflichtung doch erst mit der Enteignung fällig geworden. Das Bundesgericht berief sich auf die Verfügungsfreiheit, die innerhalb der gesetzlichen Schranken volle Geltung beanspruchen müsse und entschied sich - im Gegensatz zur Vorinstanz - mangels solcher Schranken in bezug auf den ihm vorgelegten Fall für eine Fortdauer der Verpflichtung mindestens bis zum Tod des Vermächtnisnehmers.

Dieser Entscheid ist sicher richtig, versties doch die Verpflichtung zu einer einmaligen Vermögensleistung weder gegen eine Rechtsnorm noch gegen die guten Sitten. Allerdings liess das Bundesgericht die Frage offen, ob die Verpflichtung auch nach dem Tod des Beschwerten weiter bestanden hätte. In einem andern Entscheid hingegen scheinen die Bundesrichter nicht daran gezweifelt zu haben, dass eine Auflage auf die Rechtsnachfolger der Erben übergehen kann²⁷. Der Tod des Beschwerten bildet meines Erachtens auch nur dann eine absolute Grenze, wenn es sich bei der Auflage um ihres Inhalts willen um eine mit dessen Person verbundene Verpflichtung handelt²⁸. In andern Fällen ist ein Uebergang der Auflage auf die Erben des

27 Vgl. BGE 76 II 209, Erw. 6.

28 Z.B. die Auflage an einen Sohn, sich nicht an der Geschäftsleitung des geerbten Unternehmens zu beteiligen.

Beschwerten zulässig, soweit sich nicht aus dem Gesetz Grenzen ergeben.

Widerrechtlich wäre eine Auflage wegen ihrer Dauer dann, wenn sie dem Sinn und Zweck von ZGB Art. 335 Abs. 2 und ZGB Art. 488 Abs. 2 zuwiderliefe und die Bindung eines Vermögenskomplexes auf dem Umweg über Auflagen wieder über mehrere Generationen verlangt würde²⁹. Als Beispiel wäre ein unbegrenztes Teilungsverbot in bezug auf die Grundstücke des Erblassers zu nennen. Für heute noch zulässige dauerhafte Bindungen von Vermögen stellt das ZGB die Stiftung (ZGB Art. 80 ff.) zur Verfügung. Die Entstehung feudaler Zustände sollte jedoch durch Bestimmungen wie ZGB Art. 335 Abs. 2 und ZGB Art. 488 Abs. 2 verhindert und auch nicht auf dem Umweg über Auflagen wieder ermöglicht werden.

Dass eine Auflage einzig wegen ihrer Dauer gegen die guten Sitten verstösst, scheint mir nicht denkbar. Denn bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind immer die Gesamtumstände in Betracht zu ziehen und insbesondere auch die Motive des Erblassers zu beachten³⁰. So kann z.B. ein zeitlich unbegrenztes Veräusserungsverbot für eine aufwendige Liegenschaft dann sittenwidrig sein, wenn der Erblasser damit die Erben bewusst in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen wollte.

Schliesslich gibt es noch eine indirekte zeitliche Beschränkung für Auflagen. Der Auflagebeschwerte ist nur solange gebunden, als er noch Vorteile aus der erblasserischen Verfügung zieht. Ueberschrei-

29 Eine Berufung auf Widerrechtlichkeit hat jedoch im Normalfall wegen der unglücklichen gesetzlichen Regelung (vgl. ZGB Art. 482 Abs. 2) das Dahinfallen der Verfügung samt Auflage zur Folge. Zu den Möglichkeiten, dieser Folge auszuweichen und zur Frage, ob die Auflage auch einfach auf ein zulässiges Mass abgeändert werden könne vgl. hinten § 17 B b, S. 118 ff. Vgl. auch Spiro, § 466, insbesondere S. 1286 f.

30 Vgl. dazu hinten § 17 A b, S. 109.

tet die Auflageverpflichtung jedoch das Mass dessen, was er erhalten hat, so kann er - auch einredeweise - Herabsetzung geltend machen ³¹. Wird er demnach zu wiederkehrenden Vermögensleistungen verpflichtet, darf er sich diesen widersetzen, sobald das von ihm in Erfüllung der Auflage Geleistete die Höhe der Zuwendung erreicht hat.

31 Zur Möglichkeit der Herabsetzung vgl. hinten § 25, S. 161 ff.

7. ABSCHNITT: WIDERRECHTLICHE, UNSITTliche, UNSINNIGE, LÄSTIGE UND UNMÖGLICHE AUFLAGEN

§ 17 Widerrechtliche und unsittliche Auflagen

Hat der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung gegen die guten Sitten verstossende oder rechtswidrige Auflagen oder Bedingungen aufgestellt, so sieht ZGB Art. 482 Abs. 2 Ungültigkeit der Verfügung vor.

A. Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit

Nicht nur in ZGB Art. 482 Abs. 2 werden der Verstoss gegen das Recht und der Verstoss gegen die guten Sitten parallel behandelt und mit der gleichen Sanktion versehen; die gleichen Begriffe sind auch in andern Bestimmungen des ZGB und des OR nebeneinandergestellt (vgl. z.B. OR Art. 20, 66; ZGB Art. 27 Abs. 2, 78, 88). Der Begriffsinhalt lässt sich aus einer reichhaltigen Literatur und Judikatur ableiten¹. Dabei spielt es praktisch gesehen keine Rolle, ob im Einzelfall Rechts- oder Sittenwidrigkeit zu bejahen sei; die Folge bleibt die gleiche.

a. Widerrechtlichkeit

Um die Widerrechtlichkeit einer Auflage festzustellen, orientiert man sich am objektiven Recht. Eine Auflage verstösst dann gegen das Recht, wenn sie einer zwingenden Norm zuwiderläuft. Dabei spielt es keine Rolle, ob Normen des öffentlichen oder des privaten, des

¹ Vgl. insbesondere Becker zu OR Art. 20; Oser/Schönenberger zu OR Art. 20; v.Tuhr/Peter, S. 251 ff.; Egger zu ZGB Art. 27.

kantonalen oder des eidgenössischen Rechts verletzt werden. Auch ist nicht ein Verstoss gegen ein Gesetz im formellen Sinn nötig; die Verletzung zwingender Bestimmungen jeder Stufe können gewisse Auflagen zu widerrechtlichen machen. Vermacht z.B. ein Erblasser seinem Freund den gepflegten Rolls-Royce, verlangt aber von diesem, mit dem vornehmen Wagen prinzipiell keine Parkverbote mehr zu beachten, so hat man eine widerrechtliche Auflage vor sich. Auch der Testator, der sein Vermögen der Heimatgemeinde hinterlässt, von dieser aber verlangt, keine Ausländer mehr in der Gemeinde Wohnsitz nehmen zu lassen, macht dem Erben eine widerrechtliche Auflage. In beiden Fällen verlangt der Erblasser eine Handlung bzw. eine Unterlassung, die gegen eine Rechtsnorm verstossen würde.

Im Fall, in dem der Erblasser einen pflichtteilsgeschützten Erben übermässig mit einer Auflage belastet, stellt er zwar eine ihres Inhalts wegen widerrechtliche Auflage auf; er verletzt zwingende Bestimmungen des Erbrechts. Die Sanktion ist hier jedoch nicht in ZGB Art. 482 Abs. 2 zu finden, sondern es wird die spezielle Regelung über die Herabsetzung zum Zug kommen ².

b. Sittenwidrigkeit

Sittenwidrigkeit ist der Verstoss gegen moralische Normen. Es war und ist Aufgabe der Lehre und Praxis, diesen Begriff für die Beurteilung von Verfügungen von Todes wegen zu konkretisieren.

² Tuor, N 28 zu Art. 482 nennt bei der Behandlung von ZGB Art. 482 Abs. 2 die Verletzung des Pflichtteilsrechts gerade als Beispiel für die widerrechtliche Auflage, was deshalb etwas gefährlich erscheint, weil man versucht ist, diesen Fall als Anwendungsfall von ZGB Art. 482 Abs. 2 zu betrachten und sich dann für ein Vorgehen nach ZGB 519 ff. statt nach 522 ff. entscheidet.

Gerichte und Lehre bezeichnen mit der von Deutschland übernommenen Formel die "Anschauungen aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab", für wegweisend³. Der Richter darf bei der Beurteilung des Einzelfalls nicht auf sein persönliches sittliches Empfinden abstellen, sondern er muss seinen Entscheid auf das durchschnittliche Volksempfinden abstützen. Da dieses Volksempfinden in sittlichen Belangen je nach kultureller und sozialer Umgebung variiert und auch im Laufe der Zeit Wandlungen unterworfen ist, kann der Begriffsinhalt nicht ein für allemal festgelegt werden. Der Richter hat also das Gesamtbild jedes Einzelfalles, unter Berücksichtigung der Umstände, Beweggründe und des verfolgten Zweckes, zu prüfen, um festzustellen, ob nach dem Massstab des gerecht und billig denkenden Menschen ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen sei.

Dabei kommt den richterlichen Organen nicht die Aufgabe zu, nur sittlich hochstehende Anliegen zuzulassen, sondern es sollen einfach Extremfälle ausgeschaltet werden. "Der Vorbehalt der 'guten Sitten' darf nur als Notventil verstanden werden, um Abmachungen mit eindeutig schwerwiegenden Verstößen gegen anerkannte Moralvorstellungen die Durchsetzbarkeit zu versagen; keineswegs ist er dahin zu verstehen, dass nur sittlich hochstehende Verträge gültig wären. Die Subjektivität der Wertempfindungen schliesst es aus, mehr als nur ein 'ethisches Minimum' vorauszusetzen"⁴.

Auf das Erbrecht übertragen, bedeutet dies, dass es dem Erblasser freigestellt sein muss, auch Verfügungen zu treffen, die für seine Umgebung unter Umständen unerfreulich sind. Das Prinzip des favor

3 Vgl. ZR 54 Nr. 4, S. 10; ZR 78 Nr. 59, S. 124; Bucher, S. 222; v.Tuhr/Peter, S. 256; dem Sinne nach auch BGE 94 II 16; Becker, N 35 zu OR Art. 19; Oser/Schönenberger, N 29 zu OR Art. 20; Hasenböhler, S. 17; vgl. auch Thommen, S. 102 ff.

4 Bucher, S. 221.

testamenti soll nicht preisgegeben werden. Der Testator kann z.B. das finanziell bestgestellte seiner Kinder noch reichlich bedenken, während er den in bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebenden Sohn auf den Pflichtteil setzt. Es darf jedoch nicht so weit kommen, "dass die Rechtsordnung erbrechtliche Verfügungen durchsetzen hilft, die gegen allgemein anerkannte Wertvorstellungen verstossen" ⁵.

Wenn man nun die Judikatur auf Entscheidungen, die sich mit unsittlichen erbrechtlichen Auflagen befassen, durchgeht, so ist die Ausbeute recht mager. Der Grund scheint mir nicht nur im Fehlen von möglicherweise sittenwidrigen Auflagen zu liegen, sondern auch darin, dass die Betroffenen in solchen Fällen nach Möglichkeit unter der Hand eine Lösung finden. Die Erben legen z.B. selber eine zeitliche Begrenzung des Veräusserungsverbots einer Liegenschaft fest. Der Gang zum Richter wird möglichst vermieden, um der Anwendung der unbefriedigenden und in ihrer Bedeutung umstrittenen Regelung von ZGB Art. 482 Abs. 2 auszuweichen.

Als sittenwidrige Auflagen wären v.a. solche zu betrachten, welche die Freiheit des Beschwerten in ungehöriger Art und Weise einschränken. Es gibt Fragen höchstpersönlicher Natur, deren Entscheidung nicht durch Eingreifen Dritter in irgendeiner Weise beeinflusst werden darf, sondern allein vom freien Willen der Betroffenen abhängen soll. Es würde gegen die guten Sitten verstossen, wenn der Erblasser ein Vermächtnis mit der Auflage an den Bedachten verbände, die Religion oder die Konfession zu wechseln. Auch eine Auflage die vom Beschwerten verlangt, ein Testament eines bestimmten Inhalts zu verfassen, wäre unsittlich. Auf die Partnerwahl oder die Entscheidung über die Kinderzahl darf der Erblasser ebenfalls keinen Einfluss nehmen.

5 Hasenböhler, S. 17.

Auflagen, die zu einschneidenden Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit führen, können auch unsittlich sein ⁶. Hier wird als Beispiel regelmässig ein mit dem Vermächtnis einer Liegenschaft verbundenes generelles Veräusserungsverbot genannt. So allgemein lässt sich dies jedoch nicht beurteilen; es müssen auch hier immer die näheren Umstände und die Motive des Erblassers geprüft werden. Als weiteres Beispiel für eine u.U. unsittliche, da zu weit in die persönliche und wirtschaftliche Freiheit des Beschwernten eingreifende Auflage wäre das dem jüngeren Sohn des Erblassers auferlegte Verbot, seine Zahnarztpraxis in seinem Heimatkanton zu eröffnen, um den dort etablierten älteren Bruder nicht zu konkurrenzieren.

Das Bundesgericht verneinte jedoch mit Recht das Vorliegen einer unsittlichen Auflage in einem Fall, in dem die Erblasserin von ihren Erben verlangt hatte, mit einem Dritten einen Teilungsvertrag über eine Erbschaft, die ihr schon früher angefallen war, abzuschliessen ⁷. Hier lag die Beschränkung für die Erben nur darin, über einen Teil des Nachlasses einen inhaltlich schon vorbestimmten Vertrag betreffend Erbteilung zu akzeptieren, Solange der Pflichtteil nicht tangiert ist, können die Erben dagegen kaum etwas einwenden, denn die Verfügungsbefugnis über den von der Auflage betroffenen Teil des Nachlasses wurde durch die Verpflichtung zur Teilung nicht angetastet.

Auch derjenige Beschwernte, der verpflichtet wurde, einen allfälligen Gewinn aus der Veräusserung oder Enteignung der vermachten Liegenschaft unter die Erben zu verteilen, war mit keiner gegen die guten Sitten verstossenden Auflage beschwert ⁸. Die Verfügungsbefugnis war ihm nicht genommen; er hatte nicht regelmässig einschneiden-

6 Vgl. Tuor, N 28 a zu Art. 482; Escher, N 32 a zu Art. 482.

7 BGE 99 II 381.

8 BGE 87 II 355 ff.

de Leistungen zu erbringen, sondern nur unter ganz bestimmten Umständen war er zu einer einmaligen Leistung verpflichtet. Gerade weil er in der Ausübung seiner Eigentumsrechte keineswegs eingeschränkt wurde, spielte es auch keine Rolle, ob das Ereignis, das die Leistungspflicht auslöste, kurz nach dem Erbfall oder eben erst Jahre später eintraf. Wegen der geringen Belastung machte die auf Jahre hinaus aufrechterhaltene Verpflichtung die Auflage nicht zu einer unsittlichen.

Es hat sich anhand der angeführten Beispiele gezeigt, dass eine Auflage immer im Gesamtzusammenhang auf ihre Unsittlichkeit zu prüfen ist. Wie das Bundesgericht bei der Beurteilung von Zuwendungen an einen Partner, mit dem der Testator nicht verheiratet ist, erst nach genauer Prüfung der Umstände, Motive und Zielsetzungen der Beziehung über Sittlichkeit oder Unsittlichkeit entscheidet⁹, so muss auch bei der Betrachtung von Auflagen das Gesamtbild im Auge behalten werden.

Es lässt sich nicht immer eine klare Trennung zwischen unsittlichen und widerrechtlichen Anordnungen vornehmen. Häufig wird eine Forderung, die schon durch sittliche Gebote aufgestellt ist, noch durch eine ausdrückliche Rechtsnorm verstärkt. Eine Auflage, die nun gegen ein solches Gebot verstösst, ist sowohl als rechts- als auch als sittenwidrig zu bezeichnen. Das Bundesgericht spricht denn auch im Zusammenhang mit Auflagen, die Persönlichkeitsrechte verletzen und die Freiheit übermässig beschneiden, von rechts- und sittenwidrigen Auflagen¹⁰.

9 Vgl. ZR 54 Nr. 4; ZR 78 Nr. 59; BGE 73 II 15 ff. Erw. 2; 85 II 378 ff. Erw. 2; 93 II 165 ff. Erw. 2; 94 II 12 ff. Erw. 4. Dasselbe gilt für die privatorische Klausel: sie gilt normalerweise als unanfechtbar und ist nur sittenwidrig, wenn der Erblasser damit andere widerrechtliche oder unsittliche Verfügungen vor der Ungültigerklärung schützen wollte. Vgl. BGE 89 II 437 ff.

10 BGE 99 II 381; vgl. auch Oser/Schönenberger, N 31 zu OR Art. 20. Auch Herzer, S. 104 und Bucher, S. 220 halten diese Ueberschneidung für möglich, während Thommen, S. 61 sie ausschliesst.

B. Ungültigkeit als Folge

a. Bedeutung der gesetzlichen Regelung

Das Gesetz sieht vor, dass die widerrechtlichen und unsittlichen Auflagen die Verfügung ungültig machen. Es bleibt zu prüfen, was diese gesetzlich vorgesehene Sanktion bedeutet. Einerseits ist der Begriff der "Ungültigkeit" zu klären, andererseits muss geprüft werden, was alles von dieser Sanktion betroffen wird.

I. Begriff der Ungültigkeit

In ZGB Art. 482 Abs. 2 findet sich nicht wie in OR Art. 20 der Begriff der Nichtigkeit; die erwähnte erbrechtliche Bestimmung spricht von Ungültigkeit. Nach der uneinheitlichen Terminologie in Lehre und Gesetz ¹¹ kann darunter verschiedenes verstanden werden. Am ehesten verwendet man wohl diese Bezeichnung als Oberbegriff, "der alle Fälle umfassen soll, in denen ein Rechtsgeschäft aus irgendwelchen Gründen nicht volle rechtliche Wirkungen zu entfalten vermag" ¹². Für das Erbrecht hat der Gesetzgeber das Vorgehen bei "ungültigen" Verfügungen speziell geregelt; Art. 519 sieht eine Ungültigkeitsklage vor. Erst wenn der Mangel mittels Klage oder Einrede geltend gemacht wird, kommt die umstrittene Verfügung zu Fall. Bei der in ZGB Art. 482 Abs. 2 erwähnten Ungültigkeit handelt es sich somit nicht um Nichtigkeit, denn diese müsste ja von Amtes wegen beachtet werden. Unsittliche und widerrechtliche Auflagen sind nur anfechtbar ¹³, was bedeutet, dass diese und allenfalls damit verbundene Verfügungen wohl existieren und auch Wirkungen entfalten

¹¹ Vgl. Raschein, S. 5 ff.

¹² Raschein, S. 5.

¹³ Auch dieser Begriff wird nicht einheitlich verwendet (vgl. Raschein, S. 12 f.), er soll hier als Gegenstück zu nichtig verstanden werden.

können. Erst wenn ein Erbe oder ein Bedachter, der ein Interesse daran hat (vgl. ZGB Art. 519 Abs. 2), die Ungültigerklärung verlangt, fällt die rechts- oder sittenwidrige Verfügung. Diese Lösung mag zu Recht erstaunen, würde man doch erwarten, dass widerrechtliche und unsittliche Anordnungen nicht nur gemäss OR, sondern auch im Erbrecht keinesfalls Wirkungen entfalten können¹⁴. Doch die gesetzliche Regelung will es anders. Ist einmal die Frist für die Ungültigkeitsklage abgelaufen, so kann die Erfüllung einer widerrechtlichen bzw. sittenwidrigen Auflage noch durch Einrede verweigert werden. Dies ist nur in jenen Fällen denkbar, in denen der an der Ungültigkeit der Auflage Interessierte von einem andern auf Erfüllung der Auflage eingeklagt wird. Die von Tuor¹⁵ vorgeschlagene Lösung, dass nach unbenutztem Fristablauf die widerrechtliche oder unsittliche Auflage einfach als nicht geschrieben zu betrachten sei, scheint mir nicht vertretbar. Sie findet keine Grundlage im Gesetz und würde die Regelung von ZGB Art. 482 Abs. 2 übergehen, indem der am Wegfall der Auflage Interessierte bequem die Klagefrist ablaufen lassen und damit das Risiko, dass mit der Auflage auch eine damit verbundene Verfügung dahinfallen sollte, ausschliessen könnte¹⁶.

Auch wenn es richtiger wäre, dass unsittliche und widerrechtliche Auflagen niemals Wirkungen entfalten können und man sich leicht vorstellen kann, dass in der Praxis entgegen der Lösung von Art. 482 Abs. 2 solche Auflagen einfach ohne Einschalten der Gerichte fallengelassen werden, so muss gesagt werden, dass diese Lösung de lege lata nicht vorgesehen ist. De lege ferenda wäre es jedoch vorzuziehen, dass - wie im OR - auch im Erbrecht für Fälle unsittlicher

14 Vgl. Hasenböhler, S. 18; siehe auch Piotet JdT, S. 168.

15 Tuor, N 4 zu Art. 519; vgl. auch Herzer, S. 102 in bezug auf Bedingungen; mit gewissen Bedenken auch Raschein, S. 59.

16 So prüfte das Zürcher Obergericht (unveröffentlichtes Urteil der II. Zivilkammer vom 9.6.1967, S. 9) die Unsittlichkeit einer Auflage überhaupt nicht mehr mit der Begründung, dies hätte mit der Ungültigkeitsklage geltend gemacht werden müssen.

und widerrechtlicher Verfügungen Nichtigkeit angenommen würde ¹⁷.

II. Rechtsnatur der Ungültigkeitsklage

Im Zusammenhang mit der Ungültigkeitsklage hat die Frage nach deren persönlicher Wirkung immer wieder zu Diskussionen geführt. Soll das Urteil nur zwischen den Parteien seine Gültigkeit haben oder erstreckt sich seine Wirkung auf einen weiteren Kreis von Personen? Prozessual gesehen handelt es sich bei der Ungültigkeitsklage um eine Gestaltungsklage ¹⁸. Diese bewirkt von sich aus eine Rechtsänderung; es ist nicht noch eine Vollstreckung nötig ¹⁹. Die neuere Lehre scheint mehrheitlich von der früher vertretenen Auffassung, dass die Ungültigkeitsklage als Gestaltungsklage Wirkungen nicht nur zwischen den Prozessparteien, sondern gegenüber jedermann entfalte, abzukommen ²⁰. Zusammen mit dem Bundesgericht ²¹ wird gesagt, die Ungültigkeit wirke nur zwischen den am Prozess Beteiligten.

Diese Ansicht muss zumindest präzisiert werden. Es scheint mir zwar möglich, dass der Kläger nur eine von mehreren Verfügungen angreift ²². Wird die angefochtene Verfügung aber für ungültig erklärt,

17 Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht ableiten, weshalb sich der Gesetzgeber hier für Ungültigkeit anstelle von Nichtigkeit entschieden hat; die umliegenden Länder sehen für diesen Fall Nichtigkeit vor; vgl. Staudinger/Seybold, N 4 vor § 2192 für Deutschland; CC fr. Art. 900; CC it. Art. 647 Abs. 3; Klang/Gschnitzer, S. 695 zu § 710 für Oesterreich.

18 Vgl. Guldener, S. 212; Walder, S. 246; Hasenböhler, S. 19.

19 Vgl. Walder, S. 245; Guldener, S. 192.

20 Vgl. Escher, N 6 zu Art. 519; auch Tuor, N 6 b vor Art. 519; die beide in früheren Auflagen die gegenteilige Meinung vertreten haben; vgl. auch Müller, S. 278, der an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts aussetzt.

21 BGE 81 II 36 Erw. 3: Diese Lösung des Bundesgerichts ist m.E. nicht vertretbar, da das gleiche Testament für die einen als aufgehoben, für die andern als gültig erscheint.

22 Z.B. wird von mehreren testamentarischen Auflagen nur eine angegriffen, obwohl andere ev. auch unsittlich oder widerrechtlich sein könnten.

so kann diese Ungültigkeit auch gegenüber Personen, die nicht eingeklagt wurden, geltend gemacht werden. Gerade in bezug auf Auflagen ist dies wichtig, da der Kreis der Vollziehungsberechtigten sehr weit ist und mit einer Ungültigkeitsklage kaum je alle ins Recht gefasst werden könnten. Doch ist die umstrittene Auflage einmal gegenüber einem Vollziehungsberechtigten für ungültig erklärt, so kann ein anderer nicht mehr deren Vollziehung verlangen und behaupten, sie sei gültig. Durch das Gestaltungsurteil wurde die angefochtene Verfügung endgültig beseitigt; sie bleibt nicht gegenüber gewissen Personen aufrecht. Guldener drückt dies klar aus: "Meines Erachtens verfehlt ist es, wenn sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf den Satz beruft, dass sich die Rechtskraft des die Ungültigkeitsklage schützenden Urteils auf die Prozessparteien beschränkt. (...) Vielmehr ist es so, dass dieses Urteil auch für Dritte massgebend ist, soweit die im Verhältnis der Prozessparteien eingetretene Rechtsänderung für sie von Bedeutung ist" ²³.

Es ist also unrichtig, wenn gesagt wird, das Urteil wirke nur zwischen den Prozessparteien. Mit Piotet ²⁴ ist vielmehr klar festzuhalten, dass das Ungültigkeitsurteil als Gestaltungsurteil zwar gegenüber jedermann gilt, dieses Urteil aber nur die Verfügung auf die es sich bezieht, "gestaltet", d.h. aufhebt.

23 Guldener, S. 383 Anm. 80 b.

24 Piotet, S. 275: "Als Gestaltungsurteil gilt dieses jedermann gegenüber." "Das Gestaltungsurteil kann nur die Verfügungen, an denen die Prozessparteien hauptsächlich interessiert sind, ungültig erklären."

III. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert sind gemäss ZGB Art. 519 Abs. 2 Erben und Bedachte, die ein Interesse an der Ungültigerklärung der Auflage haben ²⁵.

Allerdings geht ein Vermächtnisnehmer oder ein eingesetzter Erbe, der die Ungültigkeit einer ihn belastenden Auflage geltend machen will, das Risiko ein, dass auch seine Zuwendung dahinfällt ²⁶. Die Chance, dass von dieser Seite geklagt wird, ist also gering, solange die Regelung von ZGB Art. 482 Abs. 2 besteht.

IV. Passivlegitimation

Schwieriger ist die Frage nach der Passivlegitimation bei unsittlichen oder widerrechtlichen Auflagen zu beantworten. Generell wird bei der Ungültigkeitsklage derjenige zum Beklagten, welchem der umstrittene Vorteil zukommt ²⁷. Sofern ein Auflagebegünstigter bezeichnet ist, kommt dieser also als Passivlegitimierter in Frage. Ist dies nicht der Fall - z.B. wenn es sich um Auflagen im Interesse des Erblassers oder eventuell des Auflagebeschwerten selbst handelt - so können meines Erachtens einzig diejenigen als Passivlegitimierte gelten, welche gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 berechtigt wären, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

25 Das Bundesgericht liess in BGE 81 II 35 f. offen, ob ein eigenes materielles Interesse nötig sei, während Piotet, S. 274 ausdrücklich ein solches verlangt. Tuor, N 8 zu Art. 519 spricht von einem eigenen erbrechtlichen Interesse, was dem Sinn nach mit der Ansicht von Piotet übereinstimmt.

26 Vgl. dazu hinten unter V, S. 115 ff.

27 Vgl. Escher, N 4 zu Art. 519 und Raschein, S. 72, wo der Auflagebegünstigte ausdrücklich genannt ist; vgl. auch Piotet, S. 274.

V. Dahinfallen der Verfügung

Von der eben umschriebenen Ungültigkeit wird nach ZGB Art. 482 Abs. 2 die "Verfügung" erfasst. Wenn man auf die gesetzliche Formulierung abstellt, so liesse sich die Ansicht vertreten, dass unter Verfügung nur die Auflage, die ja als nicht untrennbar mit einer andern Verfügung verbundene Verfügung von Todes wegen auftreten kann, zu verstehen sei. Mit andern Worten: Eine unsittliche oder rechtswidrige Auflage fiele dahin, ohne dass eine damit zusammenhängende Anordnung ebenfalls für ungültig erklärt würde. Schaut man jedoch die Erläuterungen zum Vorentwurf an, so wird sofort klar, dass der Gesetzgeber auch die unter Auflage gemachte Zuwendung mit der Ungültigkeitsfolge belegen wollte. "In Uebereinstimmung mit Art. 177 des OR und im Gegensatz zu einer verbreiteten abweichenden Ordnung (...) wird bestimmt, dass in solchem Falle Ungültigkeit nicht nur für die fragliche Klausel, sondern für die ganze Verfügung angenommen werden soll" ²⁸.

Selbstverständlich spielt dies nur dann eine Rolle, wenn man eine mit einer andern Verfügung zusammenhängende Auflage vor sich hat; aus prozessualen Gründen auch nur dann, wenn der Begünstigte der mit der Auflage verbundenen Verfügung Prozesspartei ist, denn das Urteil kann nur in bezug auf Fragen, die die Prozessparteien direkt angehen, gestaltend wirken ²⁹.

Wiederum sind hier Auflagen und Bedingungen in einen Topf geworfen, wobei sich die Lösung für die Bedingung als angemessen bezeichnen lässt, da diese immer in besonders enger Verbindung mit der Verfügung steht, während man für die Auflage kaum von einer befriedigenden Regelung sprechen kann.

28 Erl. I, S. 392.

29 Vgl. vorne unter II, S. 113. In allen andern Fällen wird nur die Auflage von der Ungültigkeit betroffen.

Indem man ZGB Art. 519 Ziff. 3 heranzieht, kann man die in ZGB Art. 482 Abs. 2 enthaltene Regelung auch nicht beseitigen. In Art. 519 Ziff. 3 ist zwar nur davon die Rede, dass Verfügungen, deren Inhalt oder deren angefügte Bedingung widerrechtlich oder unsittlich ist, für ungültig erklärt werden sollen. Die Auflage ist nicht speziell genannt. Materiell ist damit aber nichts Neues gesagt, denn die materielle Regelung der Frage, wie weit ein Testament, das eine widerrechtliche oder unsittliche Auflage enthält, keine Wirkungen entfalten kann, findet sich in ZGB Art. 482 Abs. 2 ³⁰.

Gerade hier, wo man es vorziehen würde, eine andere Bestimmung - OR Art. 20 Abs. 2 - analog anzuwenden, wird dieser Weg durch eine für die erbrechtliche Auflage speziell geschaffene Regelung versperrt. In OR Art. 20 Abs. 2 wird für nichtige Verträge die umgekehrte Vermutung aufgestellt: Im Zweifel ist nur Teilnichtigkeit anzunehmen; erst beim Nachweis, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre, erstreckt sich die Nichtigkeit auf den ganzen Vertrag.

Wirft man einen Blick ins öffentliche Recht, so stellt man fest, dass eine ungültige Auflage in der Regel nicht die Ungültigkeit der ganzen Verfügung zur Folge hat. "Die Ungültigkeit einer Nebenbestimmung zieht normalerweise nicht die Ungültigkeit der ganzen Anordnung, sondern nur der unzulässigen Nebenbestimmung nach sich" ³¹.

Auch im benachbarten Ausland ist die umgekehrte Vermutung - im Zweifel nur Wegfall der Auflage - verbreitet. So bestimmt das BGB in § 2195: "Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen

³⁰ Vgl. Escher, N 1 vor Art. 519; derselbe, N 5 zu Art. 519; Tuor, N 27 zu Art. 482; Brenni, S. 71; Stifel, S. 79.

³¹ Imboden/Rhinow I, Nr. 39 B, IV, S. 234; vgl. auch BGE 49 I 185 f. Erw. 6.

ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde." Dies ist eine Wiederholung des in BGB § 2085 schon allgemein aufgestellten Grundsatzes, wonach eine unwirksame Verfügung die Unwirksamkeit von andern im Testament enthaltenen Verfügungen nicht zur Folge hat³². Nach italienischem Recht wird im Zweifel nur die Auflage als hinfällig betrachtet, die damit zusammenhängende Verfügung einzig dann, wenn die Auflage das entscheidende Motiv für die Verfügung war (vgl. CC it. Art. 647 Abs. 3)³³. Art. 900 des CC fr. bestimmt, dass unmögliche, widerrechtliche und unsittliche Auflagen als nicht geschrieben zu betrachten seien und verlangt nicht, dass die auflagebelastete Verfügung ebenfalls dahinfalle³⁴. Aus § 709 ABGB in Verbindung mit § 698 schliesst die österreichische Lehre, dass eine unerlaubte Auflage als nicht geschrieben zu betrachten sei; die damit zusammenhängende Verfügung wird also nicht betroffen³⁵.

Es zeigt sich, dass die in ZGB Art. 482 Abs. 2 getroffene Lösung keineswegs verbreitet ist. Sie kann zu unbefriedigenden Resultaten führen, insbesondere wenn eine gewichtige Erbeinsetzung oder ein bedeutendes Vermächtnis mit einer unsittlichen oder widerrechtlichen Auflage verbunden ist. Einzig im Fall, in dem gesetzliche Erben mit einer solchen Auflage belastet sind, ist die Lösung von ZGB Art. 482 Abs. 2 unproblematisch, denn dem Intestaterben geht sein gesetzlicher Erbteil nicht verloren, es fällt nur die unsittliche oder widerrechtliche Auflage als einzige eigentliche Verfügung dahin.

32 Vgl. Staudinger/Seybold, N 1 und N 3 zu § 2195 (Staudinger/Otte, N 1 und N 3 zu § 2195).

33 Von der unsittlichen Auflage ist hier nicht die Rede; nur unmögliche und widerrechtliche sind erwähnt.

34 CC fr. Art. 900 spricht zwar von "conditions"; es ist aber nicht bestritten, dass auch Auflagen darunter fallen. Vgl. Aubry/Rau XI, S. 134 f., insbesondere Anm. 2.

35 Vgl. Wolff, S. 100; Klang/Gschnitzer, S. 695 zu § 710.

Man stelle sich vor, der Erblasser mache seinem eingesetzten Erben die Auflage, bis ans Lebensende keine Kirche mehr zu betreten. Wird diese Auflage als unsittlich angefochten, so soll gemäss ZGB Art. 482 Abs. 2 auch die Erbeinsetzung dahinfallen. Beschwert der Erblasser einen gesetzlichen Erben mit der gleichen Auflage, so fällt nur diese weg!

Angesichts der dargestellten Situation verwundert es nicht, dass die Lehre Mittel und Wege sucht, um der vom Gesetz vorgezeichneten ³⁶ unbefriedigenden Lösung auszuweichen.

b. Auswege de lege lata

Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten, unerwünschte Wirkungen der oben dargestellten Regelung von ZGB Art. 482 Abs. 2 zu vermeiden. All diese Vorschläge sind eher Verlegenheitslösungen, die den Wunsch nach einer neuen gesetzlichen Regelung mit umgekehrter Vermutung nur verstärken.

An erster Stelle kann man sich fragen, ob es sich bei ZGB Art. 482 Abs. 2 um eine zwingende Bestimmung oder um eine Auslegungsregel handelt; ob der Erblasser also für den Fall, dass seine Auflage für ungültig erklärt wird, trotzdem vorsehen kann, dass die unter Auflage gemachte Verfügung aufrechterhalten wird. Dies lässt sich meines Erachtens gut vertreten, denn die Verfügungsfreiheit des Erblassers sollte möglichst nicht eingeschränkt werden. Hier ist kein Grund für eine solche Einschränkung zu sehen, denn der widerrechtliche oder unsittliche Teil des Testaments - nämlich die betreffende Auflage -

³⁶ Aus den Erl. zum VE geht hervor, dass E. Huber Uebereinstimmung mit OR Art. 157, der Bedingungen betrifft, bezweckte und bewusst von einer verbreiteten abweichenden Regelung in den Kantonen abwich; vgl. vorne V, S. 115.

fällt ja weg. Gegen eine primär mit einer solchen Auflage belastete Verfügung, die selbst nicht mangelhaft ist, ist jedoch nichts einzuwenden. Hier soll der Wille des Erblassers entscheiden, ob er die Zuwendung ohne die umstrittene Auflage belassen will oder nicht. Es handelt sich bei der Bestimmung von ZGB Art. 482 Abs. 2 also nur um eine widerlegbare Vermutung über den Erblasserwillen ³⁷.

Allerdings wird dies in den wenigsten Fällen weiterhelfen. Nur dort, wo der Erblasser sich bewusst ist, dass seine Auflage widerrechtlich oder unsittlich sein könnte, wird er selbst eine Lösung treffen für den Fall, dass eine Ungültigkeitsklage erhoben würde. Wünscht er, dass nur die Auflage dahinfalle, so muss er dies entweder ausdrücklich festlegen, oder dieser Wille muss sich durch Auslegung des Testaments ermitteln lassen.

Allein die Annahme, der Erblasser selbst dürfe von der Lösung von ZGB Art. 482 Abs. 2 abweichen, wird also immer dann nicht zum gewünschten Resultat führen, wenn man sich nicht auf einen bereits im Testament zum Ausdruck kommenden Willen des Erblassers stützen kann, um die Verfügung trotz Dahinfallens der Auflage aufrechtzuerhalten. Für solche Fälle, in denen es darum geht, eine Verfügung des Erblassers zu retten, lassen Lehre und Praxis eine Konversion der umstrittenen in eine gültige Verfügung zu ³⁸. Im Zusammenhang mit widerrechtlichen und unsittlichen Auflagen bedeutet dies, dass der Richter die mit der Auflage zusammenhängende Verfügung bestehen lassen kann, wenn man unter Abstützung auf den hypothetischen Willen des Erblassers annehmen darf, er selbst hätte eine solche Regelung

37 Auch Escher, N 30 zu Art. 482; Tuor, N 27 zu Art. 482 sprechen sich gegen die zwingende Natur von Art. 482 Abs. 2 aus; a.M. Raschein, S. 58.

38 Vgl. zur Konversion vorne § 6 B, S. 47 ff. und dort zitierte Literatur.

getroffen, wenn er die Sachlage gekannt hätte³⁹. Unter Umständen lässt sich auf diesem Weg sogar eine teilweise Aufrechterhaltung der angefochtenen Auflage erreichen. Der Richter wandelt z.B. ein generelles Teilungsverbot für die den Erben hinterlassenen Liegenschaften in ein zeitlich begrenztes um. Auch dies ist nur möglich, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Erblasser selbst diese Lösung dem Dahinfallen der ganzen Verfügung vorgezogen hätte.

Das gleiche Resultat wie mit der Umwandlung kann durch die Annahme eines Irrtums erreicht werden. Nach dieser Konstruktion, welche die Kommentatoren vorschlagen⁴⁰, wird geltend gemacht, der Testator hätte sich über die Widerrechtlichkeit bzw. Unsittlichkeit seiner Auflage geirrt, was eine Ungültigkeitsklage wegen Willensmangels möglich macht. Wer nun die Ungültigkeit einer widerrechtlichen oder sittenwidrigen Auflage durchsetzen will, ohne befürchten zu müssen, die unter Auflage gemachte Verfügung falle auch dahin, beruft sich auf ZGB Art. 469 statt auf Art. 482 Abs. 2. Damit wird im Zweifel nur die direkt vom Willensmangel betroffene Verfügung - also die Auflage - für ungültig erklärt⁴¹. Es ist aber der Nachweis nötig, dass sich der Erblasser über die Widerrechtlichkeit bzw. die Unsittlichkeit der Auflage geirrt hat⁴² und dass er, hätte er die Ungültigkeit der Auflage gekannt, die damit zusammenhängende Verfügung trotzdem aufrechterhalten hätte. Auch hier muss man sich auf den hypothetischen Willen des Erblassers beziehen. Im Gegensatz zur

39 Diese Lösung ist im Zusammenhang mit widerrechtlichen und unsittlichen Auflagen genannt bei Piotet, S. 151; Hasenböhler, S. 20; angedeutet auch bei Brenni, S. 71; Rossel/Mentha, S. 67.

40 Vgl. Escher, N 30 zu Art. 482 a.E.; Tuor, N 27 b zu Art. 482; eher ablehnend Piotet, S. 151, der mit Recht diese Konstruktion als etwas gekünstelt ansieht.

41 Vgl. Tuor, N 14 zu Art. 469.

42 Escher, N 7 zu Art. 469 spricht vom schwierigen Nachweis des "Kausalzusammenhangs zwischen der falschen (positiven oder negativen) Vorstellung und der Verfügung".

Umwandlung wird aber die vom Ungültigkeitsgrund betroffene Auflage in jedem Fall ganz vernichtet.

Schliesslich ergibt sich immer dann eine sehr unkomplizierte Möglichkeit, die unsittliche bzw. widerrechtliche Auflage loszuwerden, ohne dass weitere Verfügungen ebenfalls untergehen, wenn sich eine Auflage gleichzeitig als sinnlos oder lästig bezeichnen lässt. In diesem Fall greift statt ZGB Art. 482 Abs. 2 Art. 482 Abs. 3 ein, mit dem Resultat, dass einzig die umstrittene Auflage als nicht geschrieben betrachtet wird.

c. Wünschenswerte Lösung de lege ferenda

Mit den erwähnten Möglichkeiten lässt sich fast jede Situation meistern. De lege ferenda wäre aber vorzuziehen, dass das Gesetz im Zweifel nur die von der Ungültigkeit betroffene Auflage dahinfallen lässt, während eine damit zusammenhängende Verfügung bestehen bleibt ⁴³.

Die wünschenswerte gesetzliche Regelung müsste also die heute geltende Vermutung umkehren. Diese Lösung träfe wohl eher die Natur der Auflage ⁴⁴, welcher eine gewisse Eigenständigkeit nicht abgesprochen werden kann. Auch wird es häufiger dem Willen des Erblassers entsprechen, die unter Auflage gemachte Verfügung aufrechtzuerhalten, obwohl die Auflage ungültig ist. Der Grundsatz des favor testamenti würde damit berücksichtigt.

Dazu lassen sich folgende Beispiele anführen: Der kinderlose Erblasser vermacht einem Mitarbeiter alles Betriebsvermögen, fügt aber die

43 Vgl. Raschein, S. 59.

44 Vgl. Escher, N 30 zu Art. 482.

Auflage an, der Betrieb dürfe weder vergrössert noch umorganisiert werden. Strengt nun der Bedachte unter Berufung auf Sittenwidrigkeit der Auflage Ungültigkeitsklage an, so würde es wohl kaum dem Willen des Erblassers entsprechen, wenn mit einer Ungültigerklärung der Auflage auch das Vermächtnis dahinfiele. Denn dem Erblasser lag vor allem die Erhaltung des Unternehmens am Herzen, dessen Ueberlebenschance er im Falle einer Aufteilung unter die gesetzlichen Erben wohl geringer einschätzte als wenn es - ohne Auflage - in den Händen des von ihm gewählten Mitarbeiters bleibt.

Oder man stelle sich vor, der Erblasser vermache sein ganzes Vermögen einem Verein, der sich mit Umweltschutz befasst, verbindet diese Erbeinsetzung aber mit der Auflage, der Verein müsse sich von jetzt an mit allen erdenklichen legalen und illegalen Mitteln gegen den Bau weiterer Autobahnen wehren. Diese Auflage verlangt vom Beschwerten widerrechtliches Tun und wird unter Umständen dahinfallen. Es könnte aber sein, dass es eher dem Willen des Erblassers entsprochen hätte, das Geld trotzdem dem von ihm ausgewählten Verein zukommen zu lassen als es unter dem Erblasser nicht nahestehende Verwandte zu verteilen.

Die angeführten Beispiele sollen zeigen, dass es naheliegt, bei Ungültigkeit der Auflage die unter Auflage gemachte Verfügung aufrechtzuerhalten. Es ist jedoch zu betonen, dass den Betroffenen - z.B. den übergangenen gesetzlichen Erben - die Möglichkeit nicht genommen sein soll, zu beweisen, dass der Wille des Erblassers anders gewesen sei. Die Vermutung aber sollte den häufiger zu erwartenden Fall treffen.

§ 18 Unsinnige und lästige Auflagen

A. Entstehung und Bedeutung von ZGB Art. 482 Abs. 3

Im Gegensatz zum Abs. 2 gab der Abs. 3 von ZGB Art. 482 in der Expertenkommission und im Parlament zu Diskussionen Anlass. Einerseits war man sich nicht einig, ob überhaupt eine solche Bestimmung vorgesehen werden sollte; andererseits wollte man allzu unpräzise gefasste Begriffe, die die Gefahr willkürlicher Auslegung geboten hätten, vermeiden.

Der Vorentwurf sah vor, nebst den lästigen und unsinnigen auch noch zwecklose Auflagen und Bedingungen für nichtig zu erklären. Vom Ständerat wurde jedoch letzteres gestrichen, um zu verhindern, dass sich unter diesem Titel die Möglichkeit eröffnen würde, unbequeme Auflagen aus der Welt zu schaffen ⁴⁵.

Doch dieser Abs. 3 von ZGB Art. 482 hat bis heute keine praktische Bedeutung erlangt. Weder bei der Durchsicht von Testamenten und Erbverträgen, noch beim Studium der Judikatur stiess ich auf einen Fall, für den ZGB Art. 482 Abs. 3 hätte herangezogen werden müssen.

B. Unsinnige und lästige Auflagen

Für lästig hält man eine Auflage im allgemeinen dann, wenn sie niemandem von Nutzen ist und zudem noch eine Belästigung für Unbeteiligte darstellt ⁴⁶. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Erblasser

45 StenBull StR 16, 189 und 191 und StenBull NR 17, 298 und 300. Es handelte sich um Art. 501 des VE und um Art. 468 in den Beratungen der Räte.

46 Vgl. Tuor, N 32 zu Art. 482; Escher, N 36 zu Art. 482; Herzer, S. 111, Brenni, S. 80 f.

einem Studenten zur Finanzierung des Studiums ein Vermächtnis ausgerichtet mit der Auflage, zu den Vorlesungen eines bestimmten Professors immer mit fünf Minuten Verspätung zu erscheinen und diese fünf Minuten vor Schluss wieder zu verlassen. Oder der Erblasser vermacht jemandem seine Trompete, verlangt aber, dass dieser jeden Tag um 06.30 Uhr vor seinem Haus zur Tagwache blase.

Recht schwierig könnte die Abgrenzung zwischen einer noch "sinnvollen" und einer "unsinnigen" Auflage werden. Der Erblasser hält vielleicht ein Anliegen für sinnvoll, welchem sein Erbe mit dem besten Willen keine vernünftige Seite abgewinnen kann. Auch zwei Richter könnten in bezug auf die gleiche Auflage in guten Treuen verschiedener Meinung sein. Wenn nun ein Erblasser vom Erben, dem er ein antikes Möbelstück vermacht, verlangt, dass er dieses sofort nach Erhalt zerstöre und es als Brennholz benütze, so hat man meines Erachtens eine Auflage ohne vernünftigen Zweck vor sich. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich der Erblasser etwas einfallen lässt, was den Beschwerden der Lächerlichkeit preisgibt, ohne dass damit gleichzeitig ein vernünftiges Ziel verfolgt wird. Ein Erblasser verlangt z.B. von seiner biedereren Haushälterin, immer eine Haarsträhne in allen Regenbogenfarben gefärbt zu tragen.

Sollte man Anordnungen der erwähnten Art in letztwilligen Verfügungen antreffen, so ist zuerst durch Auslegung zu ermitteln, ob überhaupt ein Anwendungsfall von ZGB Art. 482 Abs. 3 vorliegt. Ergibt sich dann z.B., dass der Erblasser nur eine humoristische Einlage bieten wollte, so fehlt es in bezug auf die Auflage am Testierwillen; sie wird als nicht existent betrachtet⁴⁷. Vielleicht wird man in solchen Situationen auch versucht sein, an der Testierfähigkeit des Erblassers zu zweifeln; dies wäre dann mit der Ungültigkeitsklage geltend zu machen (ZGB Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1)⁴⁸.

47 Vgl. Piotet JdT, S. 165.

48 Vgl. Piotet JdT, S. 168.

Nicht immer wird es einfach sein, die Abgrenzung zwischen einer widerrechtlichen oder unsittlichen und einer lästigen bzw. unsinnigen Auflage zu ziehen. Der Uebergang ist fliessend, und die Abgrenzung muss im Einzelfall getroffen werden. Im Zweifelsfall wird man sich wohl eher für lästige bzw. unsinnige Auflagen entscheiden, um ZGB Art. 482 Abs. 3 statt Abs. 2 anwenden zu können.

C. Nichtigkeit als Folge

Im Gegensatz zur Lösung, die in ZGB Art. 482 Abs. 2 für unsittliche und rechtswidrige Auflagen vorgesehen ist, bestimmt das Gesetz in ZGB Art. 482 Abs. 3, dass unsinnige und lästige Auflagen als nicht vorhanden zu betrachten seien. Dies bedeutet, dass solche Anordnungen nichtig sind, was jederzeit geltend gemacht werden kann. Sie brauchen nicht gemäss ZGB Art. 519 für ungültig erklärt zu werden, sondern der Richter muss von Amtes wegen Nichtigkeit feststellen⁴⁹.

Im Zweifelsfall soll das Testament also möglichst aufrechterhalten bleiben; es wird nur die strittige Auflage preisgegeben, nicht die Verfügung selbst, der sie beigefügt ist. Ob es jedoch immer dem Willen des Erblassers entspricht, wenn z.B. das im Zusammenhang mit der lästigen Auflage vorgesehene Vermächtnis bestehen bleibt, scheint zweifelhaft. ZGB Art. 482 Abs. 3 sollte deshalb meiner Ansicht nach nicht als zwingende Bestimmung angesehen werden, sondern einer klaren anderen Anordnung des Erblassers weichen⁵⁰. Es könnte ja sein, dass der Erblasser ein Vermächtnis mehr zur Versüssung seines in Auflageform verpackten dringenden Anliegens aussetzt. Dabei kann er sich bewusst sein, dass eine Auflage mindestens Gefahr

49 Müller, S. 298 und 315 unterstellt lästige und unsinnige Auflagen, trotz der m.E. klaren Bestimmung von ZGB Art. 482 Abs. 3, der Ungültigkeitsklage gemäss ZGB Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3.

50 Anderer Meinung Brenni, S. 82.

läuft, als lästig oder unsinnig qualifiziert zu werden. Für diesen Fall bestimmt er, dass auch das Vermächtnis hinfällig sein soll.

§ 19 Unmögliche Auflagen

Im folgenden soll von Auflagen die Rede sein, deren Erfüllung objektiv unmöglich ist. Allerdings ist hier insofern eine Einschränkung zu machen, als vorerst nur Auflagen behandelt werden, die unmöglich sind, ohne dass ein Verschulden des Beschwerten vorliegt; die Fälle von verschuldeter Unmöglichkeit kommen erst im Zusammenhang mit der Besprechung der schuldhaften Nichterfüllung zum Zug ⁵¹.

A. Unmöglichkeit

Es kann nun Unmöglichkeit in tatsächlicher oder in rechtlicher Hinsicht vorliegen. Einen Fall einer aus tatsächlichen Gründen unmöglichen Auflage hat man dann vor sich, wenn der Erblasser dem Freund seinen Weinkeller vermacht, das Legat aber mit der Auflage beschwert, dem Testator eine Flasche Ch. Lafite-Rothschild seines Geburtsjahrganges mit ins Grab zu legen. Dieser Jahrgang des kostbaren Weines ist jedoch nicht mehr aufzutreiben. Die Erfüllung der Auflage, das Elternhaus des Erblassers einer gründlichen Renovation zu unterziehen, erweist sich ebenfalls als tatsächlich unmöglich, wenn es im Zeitpunkt der Fälligkeit - natürlich ohne Verschulden des Beschwerten - bereits abgebrochen ist. Rechtlich unmöglich wäre etwa die Auflage, eine Ehe einzugehen, ohne vor dem Standesbeamten zu erscheinen, oder eine AG zu gründen, ohne diese im Handelsregister eintragen zu lassen.

⁵¹ Vgl. 8. Abschnitt, S. 130 ff.

Es spielt keine Rolle, ob die Unmöglichkeit der Auflage schon zum Zeitpunkt der Abfassung des Testaments gegeben oder ob sie erst später - jedoch vor der Fälligkeit - eingetreten ist.

B. Fehlende gesetzliche Regelung

Ueber die Behandlung unmöglicher Auflagen steht nichts im Gesetz. In ZGB Art. 482 Abs. 2 sind nur die widerrechtlichen und unsittlichen, in Art. 482 Abs. 3 die unsinnigen und lästigen Auflagen genannt. Im Gegensatz dazu enthält OR Art. 20 eine ausdrückliche Regelung für Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit und Unmöglichkeit⁵². Sollte dies nun bedeuten, dass wir in bezug auf unmögliche erbrechtliche Auflagen nicht etwa eine Gesetzeslücke, sondern ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor uns haben und dass somit in ZGB Art. 482 Abs. 2 absichtlich nicht auch von unmöglichen Auflagen die Rede ist? Dieser Schluss scheint nicht nahezuliegen. Die erbrechtliche Auflage ist allgemein nur sehr rudimentär geregelt, und es ist kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber gerade in diesem Punkt ganz bewusst durch sein Schweigen etwas aussagen wollte. Man hat eine echte Gesetzeslücke vor sich und muss sich die Frage stellen, wie diese aufzufüllen ist. Soll eine analoge Anwendung von ZGB Art. 482 Abs. 2 oder von Art. 482 Abs. 3 in Betracht gezogen werden, oder kann man bei Unmöglichkeit OR Art. 20 entsprechend anwenden?

C. Lösungsvorschläge

In bezug auf Auflagen, die den gesetzlichen Erben auferlegt sind, ist die Lage klar; die unmögliche Auflage fällt ohne weitere Folgen

52 Nach BGB §§ 2192, 2171 i.V.m. § 2195, CC fr. Art. 900 und CC it. Art. 647 Abs. 3 werden unmögliche und widerrechtliche Auflagen immer gleich behandelt. Nach ABGB § 710 behält der Belastete im Zweifel die Zuwendung, wenn die Erfüllung der Auflage unmöglich ist; vgl. Ehrenzweig II, S. 453.

dahin, eine andere Lösung ist nicht denkbar. Für alle andern Fälle, in denen die Auflage im Zusammenhang steht mit einer weiteren Verfügung, muss man sich fragen, ob auch diese Verfügung mit der unmöglichen Auflage dahinfällt oder ob sie - ohne Auflage - bestehen bleibt. In erster Linie ist bei der Entscheidung dieser Frage auf den Willen des Erblassers abzustellen⁵³. Es ist durchaus denkbar, - jedoch wahrscheinlich nicht häufig - dass der Testator befürchtet, seine Auflage werde unmöglich, und für diesen Fall ausdrücklich vorsieht, was mit seiner Verfügung zu geschehen habe. Lässt sich kein diesbezüglicher Wille dem Testament entnehmen, so scheint es mir richtig, die Vermutung von ZGB Art. 482 Abs. 3 heranzuziehen⁵⁴. Dies bedeutet, dass die ungültige Auflage nicht zu beachten ist, damit belastete Verfügungen aber unangetastet bleiben. Dasselbe Resultat ergäbe sich auch bei einer analogen Anwendung von OR Art. 20⁵⁵; es liegt meines Erachtens aber näher, ZGB Art. 482 Abs. 3 entsprechend anzuwenden. Mit dieser Lösung wird auch der Grundsatz des favor testamenti berücksichtigt. Die Vermutung zugunsten der Aufrechterhaltung der Verfügung wird aber umgestossen, wenn man annehmen muss, der Erblasser habe die Zuwendung einzig zum Zweck gemacht, dem Beschwerten die Erfüllung der Auflage zu ermöglichen oder ihn dafür zu belohnen⁵⁶.

Eine analoge Anwendung von ZGB Art. 482 Abs. 2 hingegen drängt sich

53 Vgl. Tuor, N 31 zu Art. 482.

54 Vgl. Rossel/Mentha, S. 66; Beck, S. 90.

55 Müller, S. 296 und 318 schlägt eine direkte Anwendung von OR Art. 20 vor.

56 In diesem Sinn auch Escher, N 35 zu Art. 482.

nicht auf ⁵⁷. Diese Bestimmung ist in doppelter Hinsicht ungeeignet. Erstens ist die dort aufgestellte Vermutung unbefriedigend und zweitens passt auch der in ZGB Art. 482 Abs. 2 in Verbindung mit ZGB Art. 519 vorgezeichnete prozessuale Weg für unmögliche Auflagen nicht.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass unmögliche Auflagen im Zweifel dahinfallen, ohne aber einen Einfluss zu haben auf weitere Verfügungen. Auch in diesem Zusammenhang wäre es zu wünschen, dass die Gesetzeslücke im dargelegten Sinn ausgefüllt würde. Damit könnten unnötige Fragen in bezug auf die Unmöglichkeit von Auflagen vermieden werden.

57 Im Zweifel über den Willen des Erblassers hält Tuor, N 31 zu Art. 482 diese Bestimmung für analog anwendbar. Herzer, S. 112 möchte ZGB Art. 482 Abs. 2 unter Umständen auch analog anwenden, erklärt aber fälschlicherweise, dass daraus die gleiche Lösung resultiere wie bei entsprechender Anwendung von OR Art. 20. Stifel, S. 83 scheint auch eher einer analogen Anwendung von ZGB Art. 482 Abs. 2 zuzuneigen, entscheidet sich aber nicht klar. Brenni, S. 78 spricht sich gegen eine analoge Anwendung von 482 Abs. 2 bzw. der darin enthaltenen Vermutung aus.

8. ABSCHNITT: DIE SCHULDHAFTEN NICHTERFÜLLUNG VON AUFLAGEN

§ 20 Problemstellung

Im letzten Paragraphen wurde die Frage behandelt, was zu geschehen hat, wenn der beschwerte Erbe oder Vermächtnisnehmer die ihm auferlegte Auflage nicht erfüllt, da deren Erfüllung ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist. Im folgenden geht es ebenfalls um die Nichterfüllung von Auflagen, allerdings um die vom Auflagebeschwer-ten verschuldete und zu verantwortende Nichterfüllung.

Was sind die Folgen für den Erben, wenn er z.B. das ihm vermachte Haus abreißen lässt, weil es ihn nicht interessiert, das alte Gebäude zu erhalten und zu renovieren, wie es der Erblasser von ihm mittels Auflage verlangt hat? Oder was hat der Kunstmaler zu befürchten, der die ihm vermachten Gemälde aus dem Haus des Erblassers restaurieren und der Öffentlichkeit zugänglich machen sollte, wenn er die Bilder verbrennt? Die Erfüllung der Auflage wird durch das erwähnte Verhalten unmöglich, wobei der Beschwer- te die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Hat nun der Erbe bzw. der Vermächtnisnehmer irgendwelche Sanktionen zu befürchten?

Wie wird der Vermächtnisnehmer behandelt, der sich weigert, eine Auflage zu erfüllen, bei deren Vollziehung es auf seine Person ankommt? Gegen den Pianisten z.B., der sich nicht bereit erklärt, die Auflage, die von ihm verlangt, zugunsten von Vietnamflüchtl-ingen ein Wohltätigkeitskonzert zu geben, kann auch mittels Zwangsvollstreckung die Realerfüllung unter Umständen nicht erreicht werden. Steht in solchen Fällen jemandem ein Recht auf Schadenersatz zu, oder muss der Künstler gar den Wegfall seines Vermächtnisses befürchten? Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob die Verletzung von Unterlassungspflichten Folgen hat.

Zur Behandlung der Frage nach den Konsequenzen der schuldhaften

Nichterfüllung für den nicht leistenden Beschwerten äussert sich das ZGB einmal mehr nicht. Denn die in ZGB Art. 482 Abs. 2 vorgesehene Vollziehungsklage der Interessierten führt dann zu keinem Resultat, wenn die Erfüllung unmöglich geworden ist oder wenn sie zwar noch möglich wäre, der dazu Verpflichtete sich aber weigert, zu erfüllen und ihm mit der Zwangsvollstreckung keine Auflageerfüllung abgerungen werden kann. Letzteres kann dann der Fall sein, wenn der Beschwerte persönlich erfüllen muss, oder wenn es sich um eine Unterlassungspflicht handelt und die in Frage kommenden Vollstreckungsmittel (vgl. ZH-ZPO § 306) ohne Erfolg angewendet wurden. In der Folge wird nun abzuklären sein, ob sich in den erwähnten Fällen der Beschwerte ungestraft über die Auflagen hinwegsetzen kann oder ob - trotz fehlender ausdrücklicher Gesetzesbestimmung - ein Wegfall der Zuwendung oder eine Schadenersatzpflicht in Frage komme.

§ 21 Lösung bei der Schenkung

Ganz am Anfang dieser Arbeit ¹ wurden die Bestimmungen im Schenkungsrecht, die sich mit der Auflage befassen erwähnt. Verglichen mit der Regelung der erbrechtlichen Auflage ist jene Normierung recht ausführlich ausgefallen. Man kann auch die Lösung für Fälle schuldhafter Nichterfüllung einer Schenkungsauflage dem Gesetz entnehmen, während im Erbrecht einzig davon die Rede ist, dass jedermann, der ein Interesse hat, die Erfüllung von Auflagen verlangen dürfe. Da sich das ZGB insbesondere über die Frage, was bei schuldhafter Nichterfüllung einer Auflage zu geschehen habe, in Schweigen hüllt, muss man mindestens näher prüfen, ob eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen aus dem Schenkungsrecht in Frage komme.

1 Vgl. § 1 B b I, S. 6.

Die Erfüllung der Auflage kann gemäss OR Art. 246 Abs. 1 wie im Erbrecht auf dem Klageweg durchgesetzt werden. Im Unterschied zum Erbrecht wird hier der Schenker, der die Auflage aufgetragen hat, im Normalfall noch selber imstande sein, auf Erfüllung der Auflage zu klagen; er ist denn auch in OR Art. 246 Abs. 1 als einziger Klageberechtigter genannt. Stirbt der Schenker, so treten die Erben an seine Stelle; der Anspruch ist kein unübertragbares, höchstpersönliches Recht. "Non v'è alcun dubbio che il diritto del donatore di chiedere l'adempimento è trasmissibile a causa di morte e può quindi essere esercitato dagli eredi" ². Sind öffentliche Interessen im Spiel, so kommt gemäss OR Art. 246 Abs. 2 auch die Behörde als Vollziehungsberechtigte in Frage. Schliesslich ist auch vorstellbar, dass nach dem Willen der Vertragsparteien ein Auflagebegünstigter aufgrund von OR Art. 112 klageberechtigt wird ³. Im Gegensatz zu dieser einschränkenden Lösung gewährt ZGB Art. 482 Abs. 1 die Vollziehungsberechtigung jedem, der ein Interesse hat ⁴.

Doch im Schenkungsrecht beschränken sich die Möglichkeiten, die Erfüllung der Auflage zu erzwingen, nicht auf die Vollziehungsklage. Dem Schenker ist ein wirksameres Mittel in die Hand gegeben: In OR Art. 249 Ziff. 3 ist festgelegt, dass er die Schenkung widerrufen kann ⁵; er hat nicht etwa nur die Möglichkeit, den Wert, der für die Erfüllung der Auflage hätte ausgegeben werden müssen, zurückzuver-

2 BGE 96 II 126; vgl. auch Cavin, S. 191; v.Büren, S. 278 Anm. 36.

3 Vgl. Becker, N 10 zu Art. 246; Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 246.

4 Deshalb scheint es mir unnötig, dass Herzer, S. 47 die analoge Anwendung von OR Art. 246 Abs. 2 auf erbrechtliche Verhältnisse verlangt, denn die Behörde kann m.E. schon in Anwendung von ZGB Art. 482 Abs. 1 zu den Vollziehungsberechtigten zählen.

5 Es handelt sich um "eine Auflösung des Vertrages durch einseitige Willenserklärung", Cavin, S. 196. Vgl. auch Stifel, S. 179 f. zur Rechtsnatur des Widerrufs und Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 249.

langen ⁶. Diese Lösung wäre insbesondere dort unbefriedigend, wo die Auflageerfüllung dem Schenker zwar aus persönlichen Gründen am Herzen liegt, die Auflage aber keinen berechenbaren wirtschaftlichen Wert hat. Der enttäuschte Schenker kann vielmehr gemäss OR Art. 249 die ganze noch vorhandene Bereicherung herausverlangen. Im Gegensatz zur Vollziehungsklage handelt es sich hier um ein höchstpersönliches Recht ⁷, das nur der Schenker ausüben kann. OR Art. 251 statuiert jedoch diesbezüglich eine in engen Grenzen gehaltene Ausnahme; die Erben können nach dem Tod des Schenkers die Schenkung widerrufen, wenn noch kein Jahr vergangen ist, seitdem der Schenker vom Widerrufsgrund erfahren hat, der Grund für den Widerruf aber bereits vor dessen Tod aufgetreten ist.

Es fragt sich nun, ob das Widerrufsrecht des Schenkers in das Erbrecht übertragen werden kann. Als Berechtigte kämen die Erben oder der Willensvollstrecker in Frage. Das ZGB sieht diese Lösung für den Fall der ungerechtfertigten Nichterfüllung nicht ausdrücklich vor ⁸. Das Bundesgericht ⁹ erklärt, im Erbrecht hätten weder Erben noch der Willensvollstrecker ein Widerrufsrecht, es bleibe ihnen nur die Vollziehungsklage. Eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Schenkungsrechts auf das Erbrecht würde auch meiner Ansicht nach hier zu weit führen ¹⁰. Schon im Schenkungsrecht ist die Möglichkeit

6 Gemäss BGB § 527 gilt die gegenteilige Lösung: Eine Rückforderung ist nur soweit möglich, als der Beschwerte das Geschenkte zur Erfüllung der Auflage hätte verwenden müssen.

7 BGE 85 II 617, Erw. 5; 96 II 126; Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 251.

8 Piotet, S. 150, sagt: "Im Gegensatz zur Auflage, die eine Schenkung belastet, kann die erbrechtliche Auflage nicht widerrufen werden", meint aber wohl, die mit der Auflage zusammenhängende Verfügung und nicht die Auflage an sich könne nicht widerrufen werden.

9 BGE 96 II 126.

10 Auch Herzer, S. 48 hält die entsprechende Anwendung von OR Art. 251 Abs. 2 für zweifelhaft.

des Widerrufs durch die Erben nur als Ausnahme vorgesehen. Auch wenn die analoge Anwendung von Ausnahmebestimmungen nicht generell abzulehnen ist ¹¹, so wäre eine Uebertragung der schenkungsrechtlichen Regelung hier von der Sache her problematisch. Denn haben die Erben das Widerrufsrecht nebst der Erfüllungsklage in der Hand, so werden sie, wo immer möglich, statt der Erfüllungsklage den Widerruf der Zuwendung des Beschwerten wählen, was ihnen vielleicht direkt zugute kommt und sie deshalb mehr interessiert als die Durchsetzung der Auflage, die ihnen keinen direkten Vorteil bringt. Ob damit der Wille des Erblassers nach bester Möglichkeit befolgt würde, ist zumindest fraglich ¹². Mit etwas mehr Distanz als die Erben könnte der Willensvollstrecker die Wahl zwischen Erfüllungsklage und Widerruf treffen. Allerdings müsste eine solche Lösung ausdrücklich vorgesehen sein, und sie wäre wohl auch nicht unproblematisch, da damit dem Willensvollstrecker die Entscheidung in einem wichtigen Punkt überlassen würde, der eigentlich bereits vom Erblasser - z.B. mit Resolutivbedingung - hätte entschieden werden können.

Ein Widerruf der erbrechtlichen Zuwendung bei Nichterfüllung der Auflage ist also nach geltendem Recht nicht möglich. Der Testator kann sich jedoch absichern, indem er für den Fall der verschuldeten Nichterfüllung der Auflage das Dahinfallen der Zuwendung vorsieht.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass der Schenker nicht nur die Erfüllung verlangen oder die Schenkung widerrufen kann. Da man einen Vertrag vor sich hat, ist der allgemeine Teil des OR mit Ausnahme gewisser Bestimmungen, die sich nur auf synallagmatische

11 Vgl. Kramer, S. 103 f.; Meier-Hayoz, N 191 zu ZGB Art. 1; Deschenaux, S. 37 ff.

12 In diesem Sinne auch Stifel, S. 177.

Verträge beziehen, direkt anwendbar ¹³. Der Schenker hat deshalb auch die Möglichkeit, auf den Widerruf zu verzichten und sich den Schaden, der ihm aus der verschuldeten Nichterfüllung oder allenfalls der nicht richtigen Erfüllung entstanden ist, gestützt auf OR Art. 97 ff. ersetzen zu lassen ¹⁴. Für das Erbrecht kommt eine entsprechende Anwendung von OR Art. 97 ff., gestützt auf ZGB Art. 7, in Betracht.

§ 22 Lösungen im Ausland

A. Allgemeines

In Deutschland, Oesterreich, Italien und Frankreich sind bei der schuldhaften Nichterfüllung von erbrechtlichen Auflagen je verschiedene Sanktionen vorgesehen. Während in Deutschland, Oesterreich und Italien die hier gestellte Frage im Erbrecht selbst behandelt ist, verweist das französische Erbrecht auf die Normen im Schenkungsrecht.

13 Die Frage einer analogen Anwendung der für synallagmatische Verträge geltenden Bestimmungen von OR Art. 107 ff. stellt sich insbesondere, wenn der Schenker vom Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat: Soll er nur die Bereicherung verlangen oder gleichzeitig noch Schadenersatz geltend machen können? Meines Erachtens ist Becker, N 8 zu Art. 249 beizupflichten, wenn er neben dem Widerruf einen Anspruch auf Schadenersatz gemäss OR Art. 109 deshalb verneint, weil eine Schenkung - auch mit Auflage - eine unentgeltliche Zuwendung ist. Vgl. auch Herzer, S. 47 f.; a.M. Oser/Schönenberger, N 4 und 7 zu Art. 249. Will sich der "Schenker" die Möglichkeit des Schadenersatzes im Fall des Rücktritts vorbehalten, so muss er von Anfang an auf einen zweiseitigen Vertrag tendieren.

14 Vgl. Cavin, S. 191; v.Büren, S. 278 Anm. 36. Im in BGE 80 II 260 ff. behandelten Fall verlangte der Schenker einer Statue, nachdem die mit der Schenkung verbundene Auflage nicht erfüllt worden war, nicht etwa das (inzwischen beschädigte) Kunstwerk zurück, sondern machte das Erfüllungsinteresse geltend.

B. Deutschland

BGB § 2196 Abs. 1 legt die Folgen für den Beschwerten fest, der die Erfüllung einer Auflage durch sein Verschulden unmöglich macht: Er kann verpflichtet werden, die Zuwendung demjenigen, welchem der Wegfall des Beschwerten als Erbe oder Vermächtnisnehmer zugute kommen würde, in der Höhe herauszugeben, als sie für die Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden müssen. In BGB § 2196 Abs. 2 wird auf Abs. 1 verwiesen, wenn die möglichen Zwangsmittel erfolglos gegen den Beschwerten angewendet worden sind. Es handelt sich hier um einen speziell auf die Verhältnisse im Zusammenhang mit der Nichterfüllung erbrechtlicher Auflagen zugeschnittenen Fall von ungerechtfertigter Bereicherung¹⁵; die Herausgabe muss denn auch nach jenen Bestimmungen erfolgen¹⁶.

Die gleiche Regelung findet sich in BGB § 527 für den Fall der Nichterfüllung der mit einer Schenkung verbundenen Auflage. Nach deutschem Recht ist demnach in bezug auf die Nichterfüllung der Schenkungsauflage eine einschränkendere Lösung als in der Schweiz getroffen¹⁷. Hingegen fehlt in unserem Land jede § 2196 entsprechende Lösung für die erbrechtliche Auflage, was zur Folge hat, dass bei uns Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung höchstens nach den allgemeinen Grundsätzen von OR Art. 62 ff. in Frage kommen können¹⁸.

Allerdings wird die vom BGB getroffene Lösung auch in vielen Fällen nicht zu einem befriedigenden Resultat führen. Denn sobald die Auflage vor allem ideellen und erst in zweiter Linie oder überhaupt keinen materiellen Wert hat, so kommt man mit einer Bereicherungs-

15 Es ist insbesondere die Person, der der Herausgabeanspruch zusteht, speziell genannt.

16 Vgl. Staudinger/Seybold, N 5 zu § 2196 (Staudinger/Otte, N 5 zu § 2196).

17 Vgl. § 21, insbesondere Anm. 7, S. 133 und OR Art. 249.

18 Diese Möglichkeit wird in § 23 B, S. 146 ff. näher untersucht.

klage keinen Schritt weiter. Die verschuldete Nichterfüllung einer Auflage bleibt ohne wirksame Sanktion ¹⁹. Dem wäre nur abzuhelpfen, indem man - wie in Oesterreich (ABGB § 709) - an die Nichterfüllung den Verlust der Zuwendung knüpfte.

Da die Regelung von BGB § 2196 nicht zwingend ist, kann ein auf eine andere Lösung dieses Problems gerichteter Wille des Erblassers berücksichtigt werden.

C. Italien

Aus CC Art. 648 Abs. 2, der überschrieben ist mit "Adempimento dell'onere" lässt sich entnehmen, dass in zwei Fällen der Richter die Aufhebung der testamentarischen Zuwendung anordnen kann: Erstens ist dies möglich, wenn der Erblasser selbst ausdrücklich erklärt hat, im Fall der Nichterfüllung der Auflage falle die ganze Zuwendung dahin ²⁰. Diese erste in CC it. Art. 648 Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit lässt sich auch ohne spezielle gesetzliche Regelung nach geltendem schweizerischem Recht verwirklichen, da eine erbrechtliche Zuwendung zugleich mit einer Auflage und mit einer Resolutivbedingung - z.B. des Inhalts, die Zuwendung falle dahin, wenn die Auflage nicht erfüllt werde - versehen werden kann.

Gemäss CC it. Art. 648 Abs. 2 hat der Richter eine zweite Möglichkeit, um dem Beschwerten seinen Erbanteil bzw. sein Vermächtnis abzusprechen. Er kann die Zuwendung aufheben, "se l'adempimento

¹⁹ Lange/Kuchinke, S. 391 Anm. 78, bringt folgendes Beispiel, das zeigt, dass die deutsche Lösung unbefriedigend sein kann: Ein Kunstmaler, dem auferlegt ist, ein Porträt des Verstorbenen für die Universität herzustellen, muss bei standhafter Verweigerung der Erfüllung aufgrund einer Bereicherungsklage höchstens den Wert des eingesparten Materials herausgeben. Vgl. auch das Bsp. in Anm. 75, das nach schweizerischem Recht jedoch ein Vermächtnis darstellt.

²⁰ Vgl. Trabucchi, S. 188.

dell'onere ha costituito il solo motivo determinante della disposizione". Es liegt also am Richter, anhand der ihm zugetragenen Fakten festzustellen, ob der Testator den Belasteten nur im Hinblick auf die Erfüllung der Auflage bedacht habe oder ob die Auflage als reine Nebensache gedacht war.

Nach italienischem Recht bleibt die Zuwendung also im Zweifel auch dann bestehen, wenn die Erfüllung der Auflage aus Umständen, die vom Belasteten zu vertreten sind, nicht erfolgen kann oder auch wenn die Erfüllungsklage und die Zwangsvollstreckung zu keinem Resultat geführt haben. Nur in den beiden in CC Art. 648 Abs. 2 genannten Ausnahmefällen kommt eine Aufhebung der Zuwendung bei Nichterfüllung der Auflage in Frage.

Derjenige, dem diese Aufhebung zugute kommt, wird gemäss CC it. Art. 677 Abs. 3 seinerseits Beschwerter der Auflageverpflichtung. Allerdings kommt dieser Uebergang der Auflage nicht in Frage, wenn es bei der Erfüllung auf die Person des Beschwernten ankommt²¹, oder wenn die Auflage objektiv unmöglich geworden ist.

D. Oesterreich

Nach österreichischem Recht muss der Erblasser die auflösende Bedingung für den Fall der Nichterfüllung der erbrechtlichen Auflage nicht ausdrücklich ins Testament aufnehmen; diese wird vielmehr gemäss ABGB § 709 im Zweifel als gesetzt betrachtet. "Erfüllt der Beschwerter den Auftrag trotz Möglichkeit oder nur infolge selbst

21 Vgl. Trabucchi, S. 188 Anm. 3 und S. 880: "Si ricordi infine che l'onere - che non sia di carattere strettamente personale - si trasmette anche agli eredi che subentrano per qualsiasi causa all'erede onerato (6772)."

herbeigeführter Unmöglichkeit nicht, so wirkt das wie eine auflösende Bedingung (§§ 709 f.)" ²².

Der Auflagebeschwerte, welcher aus eigenem Verschulden nicht erfüllt, hat also als Sanktion seiner Pflichtverletzung den Verlust der ganzen Zuwendung auf sich zu nehmen. Es handelt sich zwar nicht um eine zwingende Bestimmung, sondern nur um eine "Auslegungsregel für zweifelhafte Fälle" ²³. Wenn jedoch kein anderer Wille des Erblassers festgestellt werden kann, so muss nach österreichischem Recht der Verlust der gesamten Zuwendung angenommen werden.

Mit dieser von Oesterreich gewählten Lösung wird ein starker Druck auf die Auflagebeschwerten ausgeübt, denn sie müssen bei schuldhafter Nichterfüllung befürchten, die ganze Zuwendung gehe verloren.

E. Frankreich

Nach französischem Recht kann unter Umständen nach dem Tod des Erblassers die Aufhebung einer Zuwendung verlangt werden ²⁴. Ein Widerrufsgrund ist unter anderem gegeben, wenn eine Auflage nicht erfüllt wird. Das Gesetz spricht von "révocation" (vgl. Art. 1046 und 953 ff.); es handelt sich aber eigentlich um eine richterliche Aufhebung ²⁵. Der Richter entscheidet nämlich, ob die Auflage nach dem Willen des Erblassers wirklich ein entscheidender Grund für die

22 Wolff, S. 99.

23 Ehrenzweig II, S. 453.

24 Vgl. CC fr. Art. 1046, eine erbrechtliche Bestimmung, welche auf die schenkungsrechtlichen Normen der Art. 954 f. verweist.

25 "La résolution de la libéralité ne se produit pas de plein droit: elle doit être prononcée par le juge." Planiol/Ripert, N 3701.

Zuwendung gewesen ist, bevor er die Zuwendung aufhebt ²⁶. "En réalité, il s'agit tout simplement d'une résolution. Pour la donation, c'est l'application du principe général posé dans l'art. 1184, la donation avec charge prenant le caractère d'un contrat synallagmatique. Pour le legs, on raisonne par analogie, la charge étant la contrepartie de l'émolument procuré au légataire" ²⁷.

Ohne Beizug des Richters ist eine Aufhebung wegen Nichterfüllung von Auflagen möglich, wenn sie ausdrücklich vom Erblasser vorgesehen ist ²⁸; dies obwohl CC fr. Art. 956 ganz klar sagt: "La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ..., n'aura jamais lieu de plein droit."

Gemäss CC fr. Art. 1184, der synallagmatische Verträge behandelt, aber auch für unseren Fall herangezogen wird, ist alternativ die Erfüllungsklage oder die richterliche Aufhebung vorgesehen. Gerade im Recht der Erben, sich für die Erfüllungsklage oder die Aufhebung entscheiden zu können, scheint mir eine Gefahr dieser Lösung zu liegen. Die Regelung, wie sie für die Nichterfüllung von zweiseitigen Verträgen gilt, wird auf das Schenkungsrecht und sogar auf das Erbrecht übertragen, obwohl die Voraussetzungen doch recht unterschiedlich sind ²⁹. Man darf aber nicht übersehen, dass mit dieser Lösung eine recht grosse Gewähr besteht, dass sich der Beschwerter, der an der Zuwendung hängt, die Mühe nimmt, die Auflage zu erfüllen.

26 Vgl. Aubry/Rau, S. 429; Planiol/Ripert, N 3698.

27 Planiol/Ripert, N 3694.

28 Vgl. Aubry/Rau, S. 429; Planiol/Ripert, N 3706.

29 Bereits vorne § 21, S. 133 f. lehnte ich für das schweizerische Recht die Anwendung der schenkungsrechtlichen Regelung auf erbrechtliche Verhältnisse deshalb ab, weil die Interessen der Erben sich nicht unbedingt mit denjenigen des Erblassers/Schenkens decken.

F. Zusammenfassende Beurteilung der verschiedenen Lösungen

Anhand dieses Ueberblicks über die Regelung des Problems im Ausland zeigt es sich, dass die Möglichkeiten, auf verschuldete Nichterfüllung von erbrechtlichen Auflagen zu reagieren, ganz unterschiedlich sind.

Für den Gesetzgeber stellt sich generell die Frage, welche der verschiedenen in Frage kommenden Lösungen durch das Gesetz vorgesehen werden soll. Soll eine dispositive Norm das Dahinfallen der Zuwendung vorsehen oder entspricht es - allgemein gesehen - eher dem Willen des Erblassers, die Zuwendung im Zweifel auch dann bestehen zu lassen, wenn die Auflage nicht erfüllt wird oder nicht mehr erfüllt werden kann? Oder lässt sich etwa eine Mittellösung finden?

Gerade im Hinblick auf die ausserordentliche Vielfalt an ganz verschiedenen Auflagen scheint es nicht einfach, hier eine Wahl zu treffen. Schweigt der Gesetzgeber wie in der Schweiz, dann bleibt die Zuwendung dem Belasteten erhalten; es sei denn, der Erblasser habe ausdrücklich das Gegenteil verfügt. Dies scheint noch verständlich und wahrscheinlich unter den veränderten Umständen dem Willen des Erblassers angemessen, wenn er einer grossen Erbzuteilung oder einem bedeutenden Vermächtnis eine eher nebensächliche Auflage angefügt hat. In einem solchen Fall ist kaum anzunehmen, der Erblasser hätte den Beschwerten für die Nichterfüllung der Auflage gerade mit dem Verlust der ganzen Zuwendung bestrafen wollen. Für Fälle, in denen es dem Testator in erster Linie um die Auflage ging, ist jedoch diese Lösung unbefriedigend. Der Erblasser möchte z.B. seinen Landsitz erhalten, indem er ihn einem Architekten mit der Auflage vermacht, das Gebäude nach bestem Wissen zu restaurieren. Lässt nun der Architekt das Haus abbrechen und verunmöglicht er damit die Erfüllung der Auflage, so hat dies für ihn keine Folgen; ausser der Erblasser habe für diesen Fall vorgesorgt. Nach italienischem Recht kann hier allerdings geltend gemacht werden, die Erfüllung der

Auflage habe das einzige Motiv für die Zuwendung dargestellt³⁰. In der Schweiz bleibt dann höchstens die Möglichkeit, sich auf den hypothetischen Willen des Erblassers unter den veränderten Umständen zu berufen, wenn man die Liegenschaft dem Architekten wieder entziehen will³¹.

Wird nun wie in Oesterreich im Zweifel die Zuwendung dem Auflagebeschwerten, der aus eigener Schuld nicht erfüllt, entzogen, so ist dies für die Gruppe von Fällen unbefriedigend, in denen eine unbedeutende Auflage eine grosse Zuwendung begleitet. Der grosse Vorteil dieser Lösung liegt aber darin, dass durch die Verlustgefahr ein Ansporn gegeben ist, die Auflageerfüllung nicht böswillig zu vereiteln.

Auch die Mittellösung, die Deutschland gewählt hat, kann nicht allen Fällen gerecht werden³². Vielleicht wäre es befriedigender, wenn man demjenigen, der vom Wegfall des Beschwerten profitieren würde, zugestehen könnte, dass er die ganze noch vorhandene Bereicherung herausverlangen darf.

Es zeigt sich, dass es den idealen, allen möglichen Fällen gerecht werdenden Weg kaum gibt. Ob man sich nun für die eine oder die andere Regelung entschliesst, irgendwelche Situationen werden auftauchen, die sich bei strikter Befolgung des Gesetzes nicht auf befriedigende Weise lösen lassen; sei es, dass der Belastete, der nicht erfüllt, sehr gut davonkommt, sei es, dass ihm für eine relativ unbedeutende Auflage die ganze Zuwendung entzogen wird.

30 Vgl. CC it. Art. 648 Abs. 2. Es ist zu wünschen, dass für die Schweiz diese Möglichkeit auch ausdrücklich vorgesehen wird.

31 Auf diese Lösung deutet der Referent der Expertenkommission wahrscheinlich hin; man kann dem Prot. II, S. 128 entnehmen, dass die Verfügung selbstverständlich ungültig werde, wenn infolge der Unmöglichkeit der Vollstreckung (der Auflage) der Grund zur Verfügung dahinfalle. Vgl. Rossel/Mentha, S. 66.

32 Vgl. vorne B, S. 136 f.

§ 23 Die schuldhafte Nichterfüllung nach geltendem schweizerischem Recht

A. Schadenersatz wegen verschuldeter Nichterfüllung einer Auflage

Die Frage, ob wegen verschuldeter Nichterfüllung von Auflagen Schadenersatz geschuldet werde, wird sowohl von der Rechtsprechung³³ als auch von der herrschenden Lehre³⁴ in der Schweiz verneint. Man ist der Ansicht, aus einer Auflage entstehe niemandem ein Forderungsrecht und lehnt als Folge davon auch Schadenersatzansprüche irgendwelcher Berechtigter ab. Demgegenüber habe ich die Ansicht vertreten, dass die Interessierten ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten auf Vollziehung der Auflage haben³⁵. Damit darf auch die Möglichkeit, dass im Falle der Nichterfüllung Schadenersatz geschuldet wird, nicht ausgeschlossen werden³⁶. Denn auf das Verhältnis zwischen Vollziehungsberechtigtem und Auflagebeschwertem sind als Folge der Bejahung eines Forderungsrechts die allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse und damit auch OR Art. 97 ff. grundsätzlich analog anwendbar³⁷. Dies bedeutet, dass ein Auflagebeschwerter, der die Auflage schuldhaft nicht erfüllt, immer dann, wenn dem Vollziehungsberechtigten daraus ein Schaden entstanden ist, zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden kann.

33 Vgl. BGE 94 II 92; Obergericht Zürich, in SJZ 51, 347.

34 Vgl. Escher, N 22 zu Art. 482; Tuor, N 18 zu Art. 482; Piotet, S. 148 und 150; Brenni, S. 95; Herzer, S. 55; Stifel, S. 183; anderer Meinung, mindestens andeutungsweise, Rossel/Mentha, S. 66: "... éventuellement le bénéficiaire de la charge pourrait demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution." Merz, ZBJV 106, 51.

35 Vgl. vorne § 4 E b, S. 30.

36 Vgl. v. Tuhr/Peter, S. 16 b, wo unter den Befugnissen, die (normalerweise) aus einer Forderung erwachsen, auch das Recht auf Schadenersatz bei Nichterfüllung genannt ist.

37 Vgl. vorne § 11 A, S. 72.

Diese Voraussetzung wird jedoch bei Auflagen selten erfüllt sein; meist wird niemand einen Schaden ausweisen können. Im erwähnten Beispiel ³⁸, in dem der Beschwerte das ihm vermachte Haus abreißen lässt, statt es zu renovieren, findet sich keiner, der als Vollziehungsberechtigter und gleichzeitig Geschädigter ein Erfüllungsinteresse geltend machen könnte. Denn die Vollziehungsberechtigten sind hier nicht Leistungsempfänger und es entsteht ihnen kein wirtschaftlicher Schaden aus der Nichterfüllung der Auflage.

Kommen nun verschiedene Personen für den Empfang der Leistung in Frage, ist jedoch noch keine vom Erblasser fest bestimmt, so kann auch keine von diesen bei Ausbleiben der Leistung einen persönlichen Schaden ausweisen.

Schliesslich hat man nur ganz selten dort, wo jemand vom Erblasser direkt als Begünstigter bezeichnet ist, eine Auflage vor sich. Denn in Fällen in denen der Erblasser einer bestimmten Person einen bestimmten Vermögensvorteil vermacht, ist ein Vermächtnis anzunehmen ³⁹. Dann kann der Begünstigte bei verschuldeter Nichterfüllung, gestützt auf ZGB Art. 562 Abs. 3, Schadenersatz verlangen. Ein Beispiel dafür findet sich in der Judikatur. Ein Erblasser hielt testamentarisch fest, dass seine ehemalige Angestellte für zehn Jahre nach seinem Tod zu einem ganz bescheidenen Mietzins in der bisher bewohnten Wohnung bleiben dürfe. In der Folge wollten die Erben diese Anordnung des Erblassers nicht vollumfänglich erfüllen, was die Bedachte veranlasste, in eine andere, teurere Wohnung umzuziehen. Für die entstandenen Mehrkosten machte sie gegenüber den Erben Schadenersatz geltend. Die erste kantonale Instanz interpretierte die Anordnung des Erblassers als Vermächtnis und sprach der Geschädigten gestützt auf ZGB Art. 562 Abs. 3 Schadenersatz zu. Die Genfer Cour

38 Vgl. vorne § 19, S. 126.

39 Vgl. vorne § 6, S. 42 f.

de Justice als zweite Instanz sah in der zur Diskussion stehenden testamentarischen Anordnung eine Auflage⁴⁰ und hatte damit Gelegenheit, sich mit der Schadenersatzforderung der "Auflagebegünstigten" auseinanderzusetzen. Das erwähnte Gericht schloss sich dem Vorschlag von Piotet an und gewährte Schadenersatz aufgrund von OR Art. 41 ff., in der Meinung "que le débiteur de la charge qui en rend l'exécution impossible commet un acte illicite"⁴¹. Mit Recht nahm das Bundesgericht als dritte Instanz wieder ein Vermächtnis an⁴² und gewährte Schadenersatz gestützt auf ZGB Art. 562 Abs. 3. Damit hatte es aber bis heute noch nie die Gelegenheit, sich anhand eines konkreten Falles zur Frage des Schadenersatzes bei Nichterfüllung von Auflagen zu äussern.

Es fällt schwer, überhaupt ein Beispiel anzuführen, in dem die Auflage zum Zug kommt und ein Schadenersatzberechtigter vorhanden ist. Der Erblasser bestimmt z.B., der Erbe hätte seiner langjährigen Haushälterin einen "angemessenen Betrag für einen geruhsamen Lebensabend" ausbezahlen. Diese Anordnung kann wegen der Unbestimmtheit in bezug auf die Höhe der Zuwendung nicht als Vermächtnis, sondern höchstens als Auflage gelten. Hier läge also einer der seltenen Fälle vor, in dem der Auflagebegünstigte - nämlich die Haushälterin - Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Auflage geltend machen könnte, ohne dass es möglich wäre, die Anordnung als Vermächtnis zu behandeln.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass generell die Möglichkeit, den

40 Zur Begründung vgl. vorne § 6 A b, S. 45 f. und unveröffentlichtes Urteil der Genfer Cour de Justice vom 24.6.1977, S. 9 f.

41 Unveröffentlichtes Urteil der Genfer Cour de Justice vom 24.6.1977, S. 13. Vgl. Piotet, S. 148 Anm. 1: "Wer (Schuldner oder Dritter) widerrechtlicher- und schuldhafterweise die Vollziehung der Auflage verunmöglicht, fügt u.E. dem Begünstigten, der die (...) Vollziehung erlangt hätte, einen Schaden zu und hat diesen aufgrund der Art. 41 ff. OR wiedergutzumachen."

42 Vgl. BGE 103 II 225 ff.

nicht erfüllenden Belasteten zu Schadenersatzzahlungen zu verpflichten, nicht ausgeschlossen ist. Nur wird praktisch gesehen bei Auflagen selten jemand vorhanden sein, der wirklich einen Schaden ausweisen kann. Insbesondere fehlt es an solchen Personen überall, wo die Auflage einen Zweck verfolgt, der dem Erblasser speziell am Herzen lag, der aber niemanden begünstigt.

B. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

"Hat der Belastete selbst die Unmöglichkeit verschuldet, so muss (wie nach § 2196 BGB) von ihm wohl der Vermögenswert der Auflage durch denjenigen zurückgefordert werden können, dem ohne die Auflage ein ungekürzter Vermögensvorteil zugefallen wäre (es sei denn, dass der Erblasser die Zuwendung ohne die Auflage gemacht haben würde)" 43.

Diese Bemerkung von Beck kann meines Erachtens nur dahingehend gedeutet werden, dass er bei verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung Ansprüche gewisser Personen aus ungerechtfertigter Bereicherung ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im Erbrecht bejaht. In der Höhe des Vermögenswertes der Auflage soll der Beschwerter die Zuwendung demjenigen herausgeben, der den Vermögensvorteil anstelle des Auflagebeschwerten erhalten hätte.

Es handelt sich hier um eine Anlehnung an die für deutsche Verhältnisse in BGB § 2196 getroffene Lösung. Das deutsche Recht sagt ausdrücklich, wem der Bereicherungsanspruch zusteht: demjenigen, "welchem der Wegfall des zunächst Beschwererten unmittelbar zustatten kommen würde". Nach Staudinger/Seybold ist diese Person nach rein rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen; entscheidend soll sein,

43 Beck, S. 90.

dass der Betreffende "zum Eintritt in die mit der Auflage beschwerte Stellung des Wegfallenden berufen wäre" ⁴⁴.

Mangels einer Sonderregelung in der Schweiz darf die für Deutschland geltende Lösung nicht einfach auf unsere Verhältnisse übertragen werden ⁴⁵. Das bedeutet nun aber nicht, dass nach schweizerischem Recht in Fällen der Nichterfüllung von Auflagen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen wären; die Voraussetzungen aber werden nur sehr selten erfüllt sein.

Bereicherungsansprüche der Rechtsnachfolger des Erblassers müssen bei uns aus OR Art. 62 ff. abgeleitet werden. Voraussetzung ist also, dass der Auflagebeschwerte zulasten des Vermögens des Erblassers, das nun auf dessen Rechtsnachfolger übergegangen ist, ungerechtfertigt bereichert ist. Bei Auflagen, deren Erfüllung den Beschwerten etwas gekostet hätte, liegt eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung zugunsten des Auflagebeschwerten in dem Umfang vor, als er die Zuwendung für die Erfüllung der Auflage hätte verwenden müssen. Der Zuwendungsempfänger hat durch die Nichterfüllung der Auflage eine Ausgabe nicht gemacht; sein Vermögen hat sich nach Erhalt der Zuwendung nicht wie vorgesehen vermindert; darin liegt die ungerechtfertigte Bereicherung ⁴⁶. Für Auflagen ohne wirtschaftlichen Wert kommt mangels Bereicherung des Beschwerten diese Lösung nicht in Frage.

Nun stellt sich aber noch ein zweites Problem, welches durch eine Sonderregelung entsprechend BGB § 2196 gelöst werden könnte. Wer

44 Vgl. Staudinger/Seybold, N 3 zu § 2194 (Staudinger/Otte, N 3 zu § 2194).

45 Auch in der Schweiz bestehen gewisse bereicherungsrechtliche Sonderregeln (vgl. Bucher, S. 606), jedoch nicht für den hier interessierenden Fall der Nichterfüllung der erbrechtlichen Auflagen.

46 Bereicherung durch Nichtverminderung des Vermögens, *damnum cessans*, vgl. v.Tuhr/Peter, S. 474.

kann bei uns Träger des Bereicherungsanspruchs sein? Meiner Ansicht nach muss von Fall zu Fall geprüft werden, ob der Erblasser unter den vorliegenden Umständen dem nicht leistenden Beschwerten die Zuwendung belassen oder entzogen hätte und wer wohl nach dem Willen des Testators an die Stelle des Belasteten getreten wäre. Nur in Fällen, in denen sich klar ergibt, wem der Erblasser den für die Erfüllung der Auflage vorgesehenen Betrag sonst zugeteilt hätte, darf jemand als zur Klage legitimiert gelten ⁴⁷, denn es ist ja Voraussetzung, dass "die Bereicherung des Beklagten zulasten des Vermögens des Klägers entstanden" ist ⁴⁸. Im Zweifel bleibt die ganze Zuwendung beim Auflagebeschwerten.

Ein Erblasser vermacht z.B. sein ganzes Vermögen seinen vier Kindern und verteilt es gleichmässig. Seinem künstlerisch begabten Sohn teilt er ausserdem Fr. 20'000.-- zu mit der Auflage, er solle einen Spielfilm drehen, um die Schweizer Filmszene etwas zu beleben. Der Zuwendungsempfänger erfüllt die Auflage nicht, auch die Zwangsvollstreckung führt nicht dazu, dass der gewünschte Film entsteht. Hier können nun meines Erachtens seine drei Geschwister Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen, denn der Betrag hätte ja für die Erfüllung der Auflage verwendet werden müssen, und der Erblasser wollte die Kinder nicht ungleich behandeln. Der Sohn ist grundlos bereichert, weil er die Ausgaben für den Film gespart hat und wegen der Nichterfüllung der Auflage auch niemandem Schadenersatz schuldet ⁴⁹.

Das angeführte Beispiel behandelt einen Fall, in dem die Erfüllung einer persönlichen Leistung, welche an sich noch möglich wäre, ver-

47 Vgl. Stifel, S. 185 unten.

48 Bucher, S. 602; vgl. auch v.Tuhr/Peter, S. 473, insbesondere Anm. 4.

49 Stifel, S. 186 führt ein ähnliches Beispiel an, das jedoch meines Erachtens keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen lässt, da die begünstigte Gemeinde Schadenersatzansprüche geltend machen kann.

weigert wird. Bereicherungsansprüche können aber auch entstehen, wenn der Beschwerte zu verantworten hat, dass die Erfüllung nicht mehr möglich ist.

C. Schlussbemerkungen

Hält man sich die heutige Rechtslage vor Augen, so wird klar, dass der Testator, der Auflagen anordnet, sich des Risikos bewusst sein muss, dass seine Anordnung nicht erfüllt wird. Für die schuldhafte Nichterfüllung sind auch nicht in allen Fällen Folgen vorgesehen.

Ist die Erfüllung nicht unmöglich geworden, so kann zwar mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung versucht werden, den Belasteten zur Realerfüllung anzuhalten⁵⁰; dies führt aber auch nicht unbedingt zum Erfolg. Wenn man das Beispiel des Pianisten, der sich weigert, ein Wohltätigkeitskonzert zu geben⁵¹, heranzieht, so zeigt es sich, dass nach den Mitteln, welche die Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt (vgl. ZH-ZPO § 306), keine weiteren Einwirkungsmöglichkeiten gegeben sind. Es ist keiner da, der Schadenersatz verlangen könnte bei Nichterfüllung; auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung lassen sich nicht begründen. Dasselbe Resultat kann sich ergeben, wenn der Belastete einer im Interesse des Erblassers aufgestellten Unterlassungspflicht zuwiderhandelt.

In solchen Fällen verweigert oder verunmöglicht der Beschwerte die Erfüllung der Auflage ungestraft, es sei denn, der Erblasser habe eine Resolutivbedingung angefügt, die die Zuwendung dahinfallen lässt, sofern die Auflage nicht korrekt erfüllt wird.

50 Vgl. dazu hinten 10. Abschnitt, S. 164 ff.

51 Vgl. vorne § 20, S. 130.

Es ist aber nochmals zu betonen, dass Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Nichterfüllung von Auflagen nicht generell ausgeschlossen sind. Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung kommen durchaus in Frage, sind aber wohl ohne Spezialregelung, wie sie in Deutschland besteht, nicht häufig zu bejahen.

9. ABSCHNITT: BEHANDLUNG DER AUFLAGE UNTER BESONDEREN UMSTÄNDEN

§ 24 Wegfall des Beschwerten

A. Wegfallgründe

Ein Auflagebeschwerter kann aus verschiedenen Gründen nicht zum Erben oder Vermächtnisnehmer werden. Es ist möglich, dass er vor dem Testator stirbt; damit fällt er als Zuwendungsempfänger ausser Betracht (vgl. ZGB Art. 542/543). Sofern der Erblasser keine Ersatzverfügung getroffen hat, treten an die Stelle eines vorverstorbenen eingesetzten Erben die gesetzlichen Erben; der Erbteil eines vorverstorbenen gesetzlichen Erben fällt an dessen Nachkommen, an seine Miterben oder an die nächste Parentel¹. Der mit dem Vermächtnis Beschwerte schliesslich nimmt den Platz des wegfallenden Vermächtnisnehmers ein (vgl. ZGB Art. 543 Abs. 2). Geht in diesen Fällen nun die Auflage auf den Nachfolger über?

Auch durch Ausschlagung kann ein Auflagebeschwerter wegfallen (vgl. ZGB Art. 566/577). Es treten andere Personen an die Stelle des Ausschlagenden und man muss sich fragen, was in einem solchen Fall das Schicksal der Auflage ist.

Eine beschwerte Verfügung kann auch ungültig oder gar nichtig sein und deshalb keine Wirkungen entfalten². Bleibt nun die Auflage, sofern sie nicht selbst als ungültig bezeichnet werden muss, zu Lasten eines andern Beschwerten bestehen?

1 Vgl. Tuor/Picenoni, N 2 zu Art. 542.

2 Dazu ist auch der in ZGB Art. 503 Abs. 2 genannte Fall der Zuwendung an bei der Beurkundung mitwirkende Personen zu zählen; ZGB Art. 520 Abs. 2 sieht für diesen Fall Ungültigkeit der Verfügung vor.

Schliesslich gibt es noch den praktisch wahrscheinlich weniger bedeutsamen Grund der Erbunwürdigkeit gemäss ZGB Art. 540, welcher zur Folge haben kann, dass eine auflagebeschwerte Verfügung dahinfällt.

B. Folgen für die Auflage

a. Analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 2

Im Gesetz findet man keine Antwort auf die Frage, was in den erwähnten Fällen mit der Auflage geschehen soll. Für Vermächtnisse jedoch besteht eine Regelung in ZGB Art. 486 Abs. 2, die vorsieht, dass Legate in Kraft bleiben, auch wenn die Beschwerten den Tod des Erblassers nicht erleben, erbunwürdig sind oder die Ausschlagung erklären. Dabei handelt es sich um eine Auslegungsregel; der Erblasser kann auch das Gegenteil vorsehen³.

Es ist sinnvoll, diese Regelung analog auf Auflagen anzuwenden; nichts rechtfertigt bei dieser Frage eine unterschiedliche Behandlung zwischen Auflage und Vermächtnis. Man weist vielmehr mit Recht darauf hin, dass es dann, wenn die Auflage durch Ausschlagung dahinfallen würde, für den Auflagebeschwerten interessant wäre, sich mit demjenigen, der von seinem Ausscheiden profitiert, zu verständigen und dann auszuschlagen⁴. Damit könnte eine Auflage endgültig abgeschüttelt werden.

Die analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 2 auf Auflagen wird

3 Vgl. Tuor, N 13 zu Art. 486; Escher, N 7 zu Art. 486; Herzer, S. 62.

4 Vgl. Tuor, N 12 zu Art. 486; Herzer, S. 62; Krayenbühl, S. 83.

denn auch von der Lehre allgemein bejaht ⁵. Es fällt jedoch auf, dass in dieser Gesetzesbestimmung nur das Vorversterben, die Erbwürdigkeit und die Ausschlagung als Gründe für den Wechsel in der Person des Beschwernten genannt sind. Bedeutet dies, dass der Gesetzgeber für den Fall der Ungültigkeit der mit dem Vermächtnis belasteten Verfügung durch qualifiziertes Schweigen auch das Legat dahinfallen lassen wollte? Darauf deutet nichts hin, denn sowohl in den Erläuterungen zum Vorentwurf als auch im Protokoll der Expertenkommission wurde dieser Punkt nicht einmal gestreift ⁶. Es scheint deshalb, dass die Ungültigkeit als Grund für das Dahinfallen einer Verfügung vergessen gegangen und deshalb in der Aufzählung von ZGB Art. 486 Abs. 2 nicht enthalten ist. Eine analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 2 auf Fälle, in denen eine beschwerte Verfügung für ungültig erklärt wird oder gar nichtig ist, rechtfertigt sich. Voraussetzung ist natürlich, dass das mit der wegfallenden Zuwendung verbundene Vermächtnis bzw. die Auflage nicht selbst vom Ungültigkeitsgrund betroffen ist und deshalb auch dahinfallen muss.

Das Bundesgericht äusserte sich bei Gelegenheit auch im erwähnten Sinne: "Dass auch die Ungültigkeit der zugunsten des Beschwernten getroffenen Verfügung zur Anwendung von Art. 486 Abs. 2 Veranlassung bieten kann, entspricht dem Grundgedanken dieser Bestimmung" ⁷. Ein Vermächtnis an den katholischen Orden Sacré-Coeur im Elsass oder in der Schweiz war in einem ersten Prozess wegen ungenügender Bezeichnung des Vermächtnisnehmers durch den Erblasser für unwirksam erklärt worden ⁸. Die mit dem nun weggefallenen Vermächtnis an den

⁵ Vgl. Escher, N 23 zu Art. 482 und N 7 zu Art. 486; Tuor, N 12 zu Art. 486; Herzer, S. 62; Piotet, S. 152; Krayenbühl, S. 83. Brenni, S. 100 äussert sich nur in bezug auf die Ausschlagung durch den Vermächtnisnehmer; in diesem Fall spricht er sich für den Uebergang der Auflage auf den Erben aus.

⁶ Vgl. Erl. zu Art. 505, S. 393 ff.; Prot. der ExpK., S. 129 zu Art. 505.

⁷ BGE 76 II 207; vgl. auch Escher, N 7 und Tuor N 11 zu Art. 486; Hirtz, S. 27.

⁸ Vgl. BGE 68 II 155 ff. und § 6 B, S. 48/49.

Orden verbundene Auflage, das zugewendete Schloss als Erholungsheim für Priester zu verwenden, blieb zu Lasten der an die Stelle des wegfallenden Vermächtnisnehmers tretenden gesetzlichen Erben in Kraft ⁹.

Dieselbe Regelung findet sich im BGB in § 2161, eine für Vermächtnisse aufgestellte Bestimmung, die jedoch gemäss § 2192 auf Auflagen anwendbar ist. § 2161 ist allgemeiner formuliert als ZGB Art. 486 Abs. 2, aber mit der durch die schweizerische Praxis und Lehre erfolgten Ausdehnung der Anwendbarkeit kommt man auf das gleiche Resultat ¹⁰. Auch nach italienischem, französischem und österreichischem Recht geht die Auflage im Zweifel auf andere Personen über ¹¹.

b. Einschränkungen

Eine gewisse Begrenzung der Möglichkeit, Auflagen bei Wegfall der ursprünglich damit Beschwerten den Nachfolgern zu überbinden, ergibt sich aus dem Inhalt der Auflage. Ist die geforderte Leistung speziell auf die Personen des Beschwerten zugeschnitten, und kommt es bei der Erfüllung darauf an, wer sie vornimmt, so fällt die Auflage dahin, wenn der vom Erblasser bezeichnete Beschwerte die Zuwendung nicht empfängt. Es wäre z.B. nicht sinnvoll, wenn statt des vom Erblasser bedachten vorverstorbenen Künstlers der an dessen Stelle tretende Erbe ein Porträt von der Witwe des Testators erstellen müsste.

⁹ Vgl. BGE 76 II 206 f. Erw. 3.

¹⁰ Es heisst in § 2161: "Ein Vermächtnis bleibt, ..., wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird." ZGB Art. 486 Abs. 2 enthält hingegen die lückenhafte Aufzählung der Wegfallsgründe.

¹¹ Vgl. für Italien Trabucchi, S. 188 Anm. 3 und S. 880, abgeleitet aus CC it. Art. 677; für Frankreich Planiol/Ripert, N 2158; für Oesterreich Klang/Gschnitzer zu § 709, S. 694 f. Im römischen Recht hingegen entfiel ein Vermächtnis, wenn der Beschwerte nicht Erbe wurde, vgl. Kaser I, S. 754.

Diese Auflage hängt wegen ihres Inhalts untrennbar mit der Person des Beschwerten zusammen.

Andere Auflagen sind jedoch weniger eng mit der beschwerten Verfügung verbunden. Sie sind zwar vielleicht primär vom Erblasser einem bestimmten Zuwendungsempfänger überbunden, lassen sich aber ebenso gut von einer andern Person erfüllen. Hier ist z.B. an die unselbstständigen Stiftungen zu denken. Der Erblasser setzt seinen Freund zum Universalerben ein, verlangt aber von ihm, Fr. 500'000.-- für die Belange der Jugend zu verwenden. Stirbt der Freund vor dem Erblasser, so geht unter der Voraussetzung, dass dieser das Testament nicht mehr ändert, das Vermögen samt der Auflage zugunsten der Jugend an die gesetzlichen Erben über. Diese werden damit anstelle des vorverstorbenen Freundes zum Träger der unselbstständigen Stiftung¹².

Es kann auch der Fall eintreten, dass eine nicht an die Person des Beschwerten gebundene Auflage allen Erben gemeinsam auferlegt ist. Ist z.B. einer davon erbunwürdig und fällt deshalb als Empfänger des Nachlasses ausser Betracht, so bleibt die Auflage zulasten der verbleibenden Erben aufrecht, und es kommen die Nachkommen als Nachfolger des unwürdigen Erben nun als Beschwerte hinzu¹³.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach in der Schweiz herrschender Lehre und Praxis Auflagen mit dem Wegfall des Beschwerten nicht dahinfallen. Ausnahmen sind zu machen, wenn der Erblasser selbst ausdrücklich das Gegenteil bestimmt oder wenn sich aus den Umständen und dem Inhalt der Auflage ergibt, dass diese nicht von der Person des Beschwerten zu trennen ist.

12 Vgl. auch den oben erwähnten Fall von BGE 76 II 202 ff.

13 Vgl. ZGB Art. 541 Abs. 2, wonach die Nachkommen des Unwürdigen den Erblasser beerben, wie wenn der Unwürdige vorverstorben wäre.

§ 25 Herabsetzung von Auflagen

A. Verschiedene Fälle von übermässiger Belastung durch Auflagen

Im folgenden geht es um die Frage, was mit einer Auflage geschieht, die den Beschwerten aus irgendeinem Grund finanziell über die Massen belastet. Eine Herabsetzung fällt von vorneherein bei Auflagen ausser Betracht, deren Erfüllung keinen Vermögensaufwand erfordert. So kann z.B. die Auflage, der Beschwerte dürfe die Stelle nie wechseln, höchstens unter dem Gesichtspunkt der Unsittlichkeit überprüft werden; eine Anwendung der Bestimmungen über Herabsetzung fällt ausser Betracht ¹⁴. Zwei Fälle von übermässiger wirtschaftlicher Belastung sind zu unterscheiden.

Erstens kann es vorkommen, dass die Erfüllung einer Auflage die Pflichtteilsrechte eines gesetzlichen Erben beeinträchtigt. Der Erblasser verlangt z.B. von seiner Noterbin, jedes Jahr an seinem Todestag Fr. 1'000.-- für ein gemeinnütziges Werk, das es dann besonders nötig habe, zu spenden. Kann sich die gesetzliche Erbin gegen diese Auflage zur Wehr setzen, wenn der Erblasser ihr nur gerade den Pflichtteil hinterlassen hat?

Von einer übermässigen Belastung kann aber auch die Rede sein, wenn keine Noterben im Spiel sind. Der Testator setzt ein Vermächtnis aus oder macht jemanden zum Erben, beschwert die Adressaten der Verfügung aber mit einer Auflage, deren Erfüllungskosten höher sind als der Wert der Zuwendung. Ein Erblasser vermacht seinem Freund z.B. 1/5 seines Nachlasses, belastet ihn aber mit der Auflage, Fr. 100'000.-- für die Resozialisierung von Strafgefangenen einzusetzen. Nach Bezahlung aller Schulden stellt sich heraus, dass entgegen früherer Annahmen der Wert der Quote von 1/5 des Nachlasses

14 Betreffend Teilungsvorschrift vgl. vorne § 10 B, S. 70.

nur Fr. 80'000.-- beträgt. Muss der Erbe, wenn er ohne Vorbehalt angenommen hat, die restlichen Fr. 20'000.-- nun aus dem eigenen Sack bezahlen?

B. Behandlung übermässiger Auflagen

a. Allgemeines

Das ZGB regelt die Herabsetzung von Auflagen nicht. Es liegt wiederum nahe, zu prüfen, ob die das Vermächtnis betreffenden Bestimmungen analog auf Auflagen anwendbar sind.

Gemäss ZGB Art. 486 Abs. 1 kann die verhältnismässige Herabsetzung von Vermächtnissen verlangt werden, wenn sie die Erbschaft, die Zuwendung an den Beschwerben oder den verfügbaren Teil übersteigen. Es leuchtet ein, dass es sinnvoll wäre, diese Bestimmung analog auf Auflagen anzuwenden. Denn ob der Beschwerbe nun Fr. 10'000.-- zur Erfüllung einer Auflage oder zur Ausrichtung eines Vermächtnisses aufbringen muss, macht keinen Unterschied. Eugen Huber lehnte jedoch im Zusammenhang mit der Besprechung des heutigen Art. 486 Abs. 1 (VE Art. 505) die Herabsetzung von Auflagen generell ab¹⁵. "Wir halten es jedoch für richtiger, darüber keine Bestimmung aufzunehmen, und zwar in dem Sinne, dass der Beschwerbe, wenn er die Auflage zu schwer findet, sich mit den Klageberechtigten verständigen oder die Erbschaft (...) ausschlagen möge. Hat er die Erbschaft schlechtweg angenommen, so soll er persönlich für die Vollziehung haften wie ein Beschwerber, der gegenüber einem übermässigen Vermächtnis nicht die Herabsetzung verlangt hat."

Eine Begründung für diese Haltung Eugen Hubers lässt sich nicht finden; es scheint aufgrund seiner Aeusserungen auch ausgeschlossen,

¹⁵ Vgl. Erl. zum VE I, S. 394 und weitere Nachweise bei Müller, S. 9, 11, 16.

dass er bei der Ablehnung der Herabsetzung nur Auflagen vor sich sah, bei denen wegen mangelnder vermögensmässiger Belastung keine Herabsetzung denkbar ist ¹⁶, wie z.B. die Auflage, der Erbe müsse bis an sein Lebensende im Kanton Zürich wohnen.

Auch wenn die Erläuterungen keine verbindliche Kraft haben, sind sie doch Ausdruck des Willens des historischen Gesetzgebers und müssen zumindest sorgfältig überprüft werden, bevor man die darin vertretene Meinung eventuell verwirft ¹⁷.

b. Auflagen, die den Pflichtteil verletzen

I. Zulässigkeit der Herabsetzung

Folgt man der in den Erläuterungen zum Vorentwurf zum Ausdruck kommenden Meinung von Eugen Huber und billigt man dem Noterben, der wegen der Belastung mit einer Auflage nicht einmal seinen Pflichtteil erhalten hat, keine Herabsetzung zu, so hat dies unannehmbare Konsequenzen. Damit würde für den Erblasser, dem der Pflichtteilschutz gewisser Erben nicht genehm ist, ein ideales Schlupfloch geschaffen. Er müsste den Noterben nur mit einer einschneidenden Auflage belasten, was zur Folge hätte, dass dieser die Ausschlagung erklären oder aber die seinen Pflichtteil verletzende Belastung schlucken müsste. Denn eine freiwillige Verständigung mit den Klageberechtigten, die Eugen Huber neben der Ausschlagung noch zulassen will, wird in kritischen Fällen dem Pflichtteilserben nicht gelingen.

16 Vgl. immerhin die Abgrenzung von Vermächtnis und Modus bei Dernburg III, § 84, S. 158.

17 Vgl. Coing, S. 234, der sich gegen die Ausschaltung der historischen Methode bei der Gesetzesauslegung ausspricht, ohne jedoch die Gesetzesanwendung für immer an die Auffassung des Gesetzgebers binden zu wollen. "Aber die historische Auslegung gibt uns, ..., doch zunächst einmal einen festen Ausgangspunkt; sie zeigt uns, welche Fallgestaltung der Gesetzgeber (...) vor Augen hatte und von welchen Wert Gesichtspunkten er ausging."

Dieses Resultat kann der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben. Wenn im schweizerischen Recht schon ein Pflichtteilsschutz gewährt wird, der kaum Durchbrechungen zulässt, so wird sicher nicht absichtlich eine derart einfache Umhebungsmöglichkeit geboten ¹⁸.

Doch daneben gibt es eine weitere Begründung, weshalb die Herabsetzung von Auflagen bei Verletzung des Pflichtteils gegeben sein muss; man kann sich direkt auf das Gesetz stützen. Art. 522 ZGB bestimmt nämlich ganz generell, dass die Erben die Herabsetzung verlangen können, wenn der Erblasser die Verfügungsbefugnis überschritten hat. Dies kann der Testator nicht nur tun, indem er zu hohe Legate aussetzt oder die verfügbare Quote durch Erbeinsetzung überschreitet. Auflagen sind auch Verfügungen von Todes wegen und fallen deshalb direkt in den Anwendungsbereich von ZGB Art. 522 ¹⁹. Für die Beantwortung der Frage, ob Auflagen, die einen Pflichtteil verletzen, herabsetzbar seien, muss deshalb nicht die speziell für Vermächtnisse aufgestellte Bestimmung von ZGB Art. 486 Abs. 1 analog herangezogen werden.

Escher meint, für die "Durchführung" der Herabsetzung müsse ZGB Art. 531 analog angewendet werden, und möchte damit auf das sowohl bei Auflagen als auch bei der Nacherbeneinsetzung auftauchende Problem der Berechnung der dadurch entstandenen Belastung hinweisen ²⁰. Gemäss ZGB Art. 531 ist eine Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils "ungültig"; was jedoch nicht bedeutet, dass eine Ungültigkeitsklage erhoben werden müsste, damit der Pflichtteil wiederhergestellt werden kann, oder dass sogar absolute Ungültigkeit

18 Vgl. Stifel, S. 172 f.; Escher, N 16 der Vorbem. zu Art. 470-480; Tuor, N 10 zu Art. 486.

19 Vgl. dazu Stifel, S. 172; Tuor, N 10 zu Art. 486; derselbe, N 38 zu Art. 482.

20 Vgl. Escher, N 6 zu Art. 486; derselbe, N 23 zu Art. 482; derselbe, SJZ 58, S. 331; auch Beck, S. 88 weist darauf hin, dass für die Herabsetzung von Auflagen ihre Berechenbarkeit in Vermögenswerten von Bedeutung sei.

vorläge. Hier kommt vielmehr die Herabsetzungsklage zum Zug ²¹. Der Kläger bringt klar zum Ausdruck, dass er nicht gewillt ist, eine Verletzung des Pflichtteils durch eine Auflage hinzunehmen. Als Folge wird die Belastung je nach den Umständen ganz oder zum Teil aufgehoben oder eben herabgesetzt.

II. Sonderfälle

Wegen der grossen Vielfalt an möglichen Auflagen kann man nun nicht generell sagen, der Pflichtteil dürfe nicht damit beschwert sein. Solange der Noterbe wertmässig seinen Anteil zu freier Verfügung erhält, darf ihn die Auflage belasten, auch wenn er nicht zusätzlich von der verfügbaren Quote profitiert. Es handelt sich dann um Auflagen, deren Erfüllung keinen Geldaufwand erfordert und die den Pflichtteilserben auch in seiner Verfügungsbefugnis über den Erbteil nicht einschränken ²².

Ist dem Noterben über den Pflichtteil hinaus ein Erbteil zugewendet, so muss er eine Auflage selbstverständlich so weit erfüllen, als der Pflichtteil nicht angetastet wird; geht die Auflage weiter, so kann er eine teilweise Herabsetzung verlangen ²³. Problematisch wird es allerdings dann, wenn es nur sinnvoll ist, die Auflage entweder ganz oder gar nicht zu erfüllen. Man stelle sich vor, der Erblasser vermache einer seiner Töchter über den Pflichtteil hinaus Fr. 5'000.--, beschwert diese aber mit der Auflage, seine Memoiren herausgeben zu lassen. Die verlangte Veröffentlichung kostet jedoch

21 Vgl. Piotet, S. 514 f., der sich m.E. zu Recht eindeutig für die Herabsetzung einsetzt, so auch Rossel/Mentha, N 1012, S. 119; Reichlin, S. 104; Krayenbühl, S. 53; missverständlich oder klar abweichend vgl. Escher, N 3 und N 7 zu Art. 531; Tuor, N 3 ff. zu Art. 531; Brenni, S. 103 f.

22 Z.B. eine Teilungsvorschrift kann auch den Pflichtteilserben treffen; vgl. dazu vorne § 10 B., S. 70.

23 Vgl. Escher, N 16 Vorbem. zu Art. 470-480.

bedeutend mehr als Fr. 5'000.--. Eine Teilerfüllung der Auflage ist nicht denkbar. Hier kann der Pflichtteilserbe, möchte er auf seinem Recht beharren, meines Erachtens die Aufhebung der ganzen Auflage verlangen²⁴. Dabei kommt er in diesen sicher nicht sehr häufigen Fällen gut weg; dies mangels einer speziellen Regelung, die korrigierend wirken könnte.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in Lehre und Rechtsprechung eine Herabsetzung von Auflagen, die den Pflichtteil verletzen, trotz den Bemerkungen von Eugen Huber allgemein bejaht wird²⁵. Problematisch wird häufig die Bestimmung der wertmässigen Belastung durch die Auflage sein. Lässt sich eine solche nicht genau vornehmen oder kann die Auflageleistung nicht teilweise erfüllt werden, so muss zugunsten des Pflichtteilsberechtigten die ganze Belastung aufgehoben werden.

c. Auflagen, die den Wert der Zuwendung übersteigen

Ist es von Anfang an klar, dass der Aufwand für die Erfüllung der Auflage grösser sein wird als die Zuwendung, so wird der Beschwerde wohl ausschlagen, es sei denn, er wolle dem Erblasser zuliebe in jedem Fall für die Erfüllung eintreten. Es kann aber auch vorkommen, dass der Bedachte die Zuwendung annimmt, ohne abschätzen zu können, dass für ihn nach Erfüllung der Auflage eine negative Bilanz bleibt. Den Vermächtnisnehmer trifft z.B. eine Herabsetzung seines Vermäch-

24 Vgl. Escher, N 16 Vorbem. zu Art. 470-480; derselbe in SJZ 58, S. 331.

25 Vgl. Escher, N 6 zu Art. 486; Tuor, N 10 zu Art. 486; Beck, S. 88; Piotet, S. 152; Brenni, S. 103; Herzer, S. 65 f.; Stifel, S. 172 f.; BGE 99 II 381; 101 II 30.

nisses, was zur Folge hat, dass seine Auflageverpflichtung nun höher ist als der verbleibende Teil des Legats. Diese Differenz zwischen der Auflageverpflichtung und der Zuwendung müsste er nun aus eigener Tasche bezahlen, lehnt man mit Eugen Huber die analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 1 auf Auflagen ab ²⁶.

Auch wenn hier keine Pflichtteilserben betroffen sind, scheint mir dieses Ergebnis ungerechtfertigt. Die analoge Anwendung von ZGB Art. 486 Abs. 1 muss für den Fall bejaht werden, in dem eine Auflage die dem Beschwerzten gemachte Zuwendung übersteigt. Damit wird verhindert, dass ein Vermächtnisbeschwerter ohne einsehbaren Grund besser wegkommt als ein Auflagebeschwerter. Beide sollen in gleichem Mass durch Herabsetzung verhindern können, dass ihnen aus einer Erbschaft ein Vermögensverlust bleibt.

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass nach italienischem Recht unterschieden wird zwischen einem auflagebelasteten Erben und einem beschwerten Vermächtnisnehmer. Für letzteren bildet die Höhe der Zuwendung eine Begrenzung der Belastung, während ein Erbe auch über die erhaltene Zuwendung hinaus zur Erfüllung der Auflage verpflichtet sein soll ²⁷. Nach deutschem Recht hingegen bildet die Höhe der Zuwendung wiederum für Erben und Vermächtnisnehmer die Grenze der Belastung ²⁸.

Die hier vertretene Ansicht wird in der Schweiz trotz der Bemerkungen

-
- 26 Hat der beschwerte Erbe bzw. der Vermächtnisnehmer eine ausdrückliche Annahmeerklärung abgegeben, so kann er in einem solchen Fall Ungültigkeit der Annahme wegen Willensmangels (Irrtums) geltend machen (ZGB Art. 7 i.V.m. OR 31). Vgl. Piotet II, S. 594; Beck, S. 139; Tuor/Picenoni, N 4 zu Art. 571; Escher, N 9 zu Art. 566.
- 27 Vgl. CC it. Art. 671 und Trabucchi, S. 879: "Ma mentre per il legatario (...) c'è un limite di rischio, nel senso che egli non resta obbligato al di là del vantaggio ricevuto, tale limite non esiste per l'erede (...)."
- 28 Vgl. BGB § 1992 und Kipp/Coing, § 99 VI, S. 577 und BGB § 2187 und Kipp/Coing, § 63 III, S. 367 f.

von Eugen Huber von einigen Vertretern der Lehre geteilt ²⁹; andere äussern sich nicht klar dazu oder sind schwankend ³⁰.

Diese Lösung entspricht im Ergebnis derjenigen, die sich im Schenkungsrecht für den auflagebelasteten Beschenkten findet. Er muss sich gefallen lassen, dass durch die Erfüllung der Auflage die ganze Schenkung aufgebraucht wird, darf aber eine darüber hinausgehende Erfüllung verweigern ³¹.

Im Erbrecht kann der Zuwendungsempfänger ebenfalls nicht verlangen, dass ihm noch etwas vom Nachlass verbleibe; eine Möglichkeit, die der Erbe - nicht aber der Vermächtnisnehmer - ab 40 v.Chr. im römischen Recht hatte. Die Lex Falcidia bestimmte, dass ein Viertel des Erbteils nicht belastet werden dürfe, sondern dem Erben verbleibe ³². Nach ZGB - und dies auch nicht unbestrittenermassen - liegt die Grenze der Belastbarkeit erst bei der Höhe der Zuwendung bzw. des verfügbaren Teils.

29 Vgl. Piotet, S. 475; Stifel, S. 174 ff.; Brenni in bezug auf eingesetzte Erben, S. 103; indirekt auch Beck, S. 116 b.

30 Unklar Herzer, S. 68, der für den beschwerten Vermächtnisnehmer eine Herabsetzung bejaht, während er sich in bezug auf übermässig belastete Erben widersprüchlich äussert. Escher, N 6 zu Art. 486 und Tuor, N 10 zu Art. 486 sprechen sich nur ausdrücklich für die Herabsetzung bei Verletzung des Pflichtteils aus.

31 OR Art. 246 Abs. 3; Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 245; a.M. Becker, N 3 zu Art. 246, der eine Bereicherung des Beschenkten für notwendig hält.

32 Vgl. Kaser I, S. 756. Die falzidische Quart entsprach jedoch, obwohl sie jeder Erbe beanspruchen konnte, eher einem Pflichtteil.

10. ABSCHNITT: ZWANGSVOLLSTRECKUNG

§ 26 Vollstreckung nach kantonalem oder eidgenössischem Recht

Erfüllt der Beschwerte seine durch die Auflage begründeten Pflichten nicht freiwillig, so stellt der Staat den Berechtigten je nach Art der geschuldeten Leistung verschiedene Mittel zur Verfügung, die Erfüllung zwangsweise durchzusetzen¹. Das SchKG kommt immer dann zum Zug, wenn der Belastete zu einer Geld- oder Sicherheitsleistung verpflichtet ist². Muss nun ein Auflagebeschwerter Fr. 20'000.-- für die Blinden spenden, so kann bei Verweigerung der Leistung die Summe mittels SchKG eingetrieben werden. Allerdings regelt hier das kantonale Vollstreckungsrecht die Frage, wer die Person des Leistungsempfängers bestimmt, wenn der Beschwerte nicht bereit ist, eine Wahl zu treffen. Denn es handelt sich bei der Verpflichtung zur Leistung einer Summe an eine Person, die vom Beschwerten erst noch zu bestimmen ist, nicht um eine reine Geldschuld. Ist eine andere Leistung - Handlung oder Unterlassung - gefordert, so sorgt einzig das kantonale Recht für die Vollstreckung³; etwa dann, wenn der Erbe verpflichtet wird, die Gemäldesammlung des Verstorbenen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

§ 27 Besonderheiten bei der Vollstreckung nach SchKG

Grundsätzlich muss für die Betreibung auf Erfüllung einer Auflage, die die Bezahlung einer bestimmten Summe an einen noch unbestimmten

-
- 1 Müller, S. 225 und 230 lehnt als Folge seiner begrifflichen Konstruktion jede Zwangsvollstreckung von Auflagen ab.
 - 2 SchKG Art. 38 Abs. 1, ZH-ZPO § 303. Diese Beschränkung der Bundeskompetenz auf Eintreibung von Geldforderungen ergibt sich aus BV Art. 64; vgl. Walder, S. 464.
 - 3 Walder, S. 463 ff., ZH-ZPO § 304 ff.

Empfänger zum Inhalt hat, das SchKG herangezogen werden. Wegen der speziellen Merkmale solcher Auflagen sind jedoch einige Besonderheiten zu erwähnen.

Zuerst stellt sich die Frage, wer eine Auflageleistung erfolgreich eintreiben kann. Man muss sich vor Augen halten, dass mehrere Personen berechtigt sind, die Vollziehung zu verlangen. Der eigentliche Leistungsempfänger ist jedoch gerade bei Verpflichtungen zu einer Geldzahlung nur allgemein bestimmt. Um die Erfüllung der Auflage wirkungsvoll fordern zu können, muss der Kreis der gemäss ZGB Art. 482 Abs. 1 Vollziehungsberechtigten auch die Mittel der Zwangsvollstreckung zur Verfügung haben. Es kann also irgendeiner der "Interessierten" die Betreibung einleiten, ohne dass der Auflagebeschwerte mangelnde Sachlegitimation geltend machen kann ⁴.

Geht es aber darum, einen Rechtsvorschlag des Auflagebeschwerten zu beseitigen, so fragt es sich, ob der Vollziehungsberechtigte mit dem Testament, das die Auflageverpflichtung enthält, bereits einen provisorischen Rechtsöffnungstitel im Sinne von SchKG Art. 82 in Händen habe. Vom Gesetz wird zwar eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung verlangt; das Testament hingegen enthält höchstens die Unterschrift des Erblassers, nicht diejenige des Auflagebeschwerten. Es wird die Meinung vertreten, wonach ein Testament ein provisorischer Rechtsöffnungstitel für den Vermächtnisnehmer gegen den beschwerten Erben ist ⁵. Von einer gefestigten Praxis kann man aber nicht sprechen. Es scheint mir jedoch gerechtfertigt, die provisorische Rechtsöffnung aufgrund eines Testaments gegen die Rechtsnachfolger des Erblassers zuzulassen. Denn Verpflichtungen des Erblassers gegenüber Dritten, die nur seine Unterschrift enthalten,

4 Mangelnde Sachlegitimation wird nicht auf dem Weg der Beschwerde, sondern durch Erhebung von Rechtsvorschlag geltend gemacht; vgl. Fritzsche, S. 64.

5 Vgl. Panchaud/Caprez, § 24, S. 58 und die zwei dort zitierten kantonalen Urteile (VD, LU); vgl. auch schon Jaeger, N 4 zu Art. 82, S. 211.

können gegen die Erben und Rechtsnachfolger auch als Rechtsöffnungstitel geltend gemacht werden. Die Beschwernten haben Gelegenheit, Einwendungen gegen den Rechtsöffnungstitel im Rahmen von SchKG Art. 82 Abs. 2 vorzubringen⁶.

Kann der Gläubiger ein Leistungsurteil vorweisen, welches die Verpflichtung des Auflagebeschwernten zur Vollziehung der Auflage bestätigt⁷, so hat er - und nur er - in der auf das Urteil folgenden Betreibung einen definitiven Rechtsöffnungstitel⁸. Ein von einem Vollziehungsberechtigten erstrittenes Urteil gilt nämlich für andere Vollziehungsberechtigte nicht als definitiver Rechtsöffnungstitel. Nur wer am Prozess auf der Klägerseite teilgenommen hat, kann das Urteil zur Grundlage der Betreibung machen; das Urteil entfaltet seine Wirkung einzig zwischen den Prozessparteien⁹. Dies hat seine guten Gründe, stellen sich doch in einem Rechtsstreit beide Parteien auf den Gegner ein und führen den Prozess nach der Verhandlungsmaxime und immer ausgerichtet auf die Gegenpartei. Der Schuldner wird nicht gegen jeden Kläger gleich reagieren; während er vielleicht bereit ist, sich in einem bestimmten Fall gefügig zu zeigen, wird er gegen jemand andern alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Prozessführung ausnützen. Der Kläger kann z.B. auch auf einen Teil der Auflageleistung verzichten und dann die Vollstreckung nur in der Höhe des Restes verlangen. Dies bedeutet aber nicht, dass nicht ein anderer Klageberechtigter noch die Erfüllung der verbleibenden Auflageleistung anstreben kann. Aus diesen Gründen leuchtet

6 Vgl. z.B. den in ZBJV 78, 240 behandelten Fall, wo glaubhaft gemacht wurde, dass das Vermächtnis, für welches Rechtsöffnung verlangt wurde, herabsetzbar sei und deshalb die Rechtsöffnung verweigert wurde.

7 Bei der Auflagevollziehungsklage handelt es sich um eine Leistungsklage, vgl. vorne § 11 B a, S. 74. Im Urteil muss erstens die Verpflichtung des Beschwernten festgehalten sein, den definitiven Leistungsempfänger zu bestimmen, zweitens, die bestimmte Summe zu bezahlen.

8 Vgl. SchKG Art. 80.

9 Vgl. Walder, S. 276; Guldener, S. 373.

es ein, dass ein Urteil nur für die als Kläger aufgeführte Person als definitiver Rechtsöffnungstitel gelten kann.

Bei der Vollstreckung der Auflagen nach SchKG stellt sich das weitere Problem, wie denn das Geld an die richtige Adresse gelangt. Derjenige, der die Betreuung nach SchKG verlangt, ist in der Regel nicht Leistungsempfänger¹⁰; der Auflagebeschwerter ist zu einer Geldzahlung an eine noch unbestimmte Person verpflichtet. Ihm muss nun Gelegenheit gegeben werden, den definitiven Leistungsempfänger selbst zu bestimmen¹¹. Trifft er diese Wahl nicht, so kann der Vollziehungsberechtigte sich gestützt auf ZH-ZPO § 307 Ziff. 1 vom kantonalen Vollstreckungsrichter zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen; d.h., dass der Kläger die Wahl der Person oder Institution, die das Geld erhalten soll, treffen kann¹². Die Zahlung der geschuldeten Summe soll in einem solchen Fall an das Betreibungsamt erfolgen, welches das Geld an den Dritten weiterleitet¹³.

Nun noch eine letzte Bemerkung im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Auflagen nach SchKG: Mit Auflagen, die eine Geldleistung zum Inhalt haben, werden oft Körperschaften des öffentlichen Rechts, z.B. Gemeinden, beschwert sein als Träger unselbständiger Stiftungen. Sollte hier einmal keine freiwillige Erfüllung erfolgen, so ist bei der Vollstreckung nebst dem SchKG das BG über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentli-

10 Denn hat der Erblasser eine bestimmte Summe einer bestimmten Person zugewendet, so hat man ein Vermächtnis vor sich.

11 Zum Recht des Beschwererten, den definitiven Leistungsempfänger selbst zu bezeichnen vgl. vorne § 4 E a, S. 26.

12 In diesem Fall trifft nicht etwa der Richter gestützt auf ZH-ZPO § 308 die Wahl, denn dies kommt nur dort in Frage, wo der Inhalt der Willenserklärung bereits bestimmt ist; vgl. Haubensak, S. 49 und ZSR 73, 177.

13 Vgl. v. Tuhr/Escher, S. 237, wo für die Vollstreckung des unechten Vertrags zugunsten Dritter auch vorgesehen ist, dass die Zahlung an das Betreibungsamt erfolgt und dieses die Summe dem Dritten zahlt.

chen Rechts ¹⁴ zu beachten, wo insbesondere in Art. 12 Abs. 2 die meines Erachtens selbstverständliche Bestimmung aufgestellt ist, dass sich die Betreibung, die zweckgebundenes Vermögen betrifft, gegen das Gemeinwesen richte.

§ 28 Vollstreckung nach zürcherischem Recht

Alle Auflagen, die etwas anderes als eine Geld- oder Sicherheitsleistung zum Inhalt haben, werden nach kantonalem Recht vollstreckt; dies trifft sicher auf die Mehrzahl der Fälle zu. So fallen Auflagen, die vom Beschwerten ein Handeln - z.B. die Grabpflege oder Renovation eines Hauses - verlangen, unter die kantonale Zwangsvollstreckung. Auch Unterlassungspflichten, z.B. ein Teilungsverbot oder das Verbot, einem der Söhne die Geschäftsleitung des väterlichen Unternehmens anzuvertrauen, unterliegen den Zwangsmassnahmen des kantonalen Rechts, das hier am Beispiel des Kantons Zürich behandelt werden soll.

Voraussetzung für die kantonale Zwangsvollstreckung ist, dass über die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage ein Sachurteil ergangen ist. Rechtskräftige gerichtliche Entscheide werden gemäss ZPO § 222 Ziff. 1 und § 304 Abs. 1 durch den Einzelrichter im Befehlsverfahren vollstreckt. Es stehen dem Vollstreckungsrichter dabei verschiedene Mittel zur Verfügung, um eine Realerfüllung zu erlangen (vgl. ZPO §§ 306-309) ¹⁵. Dabei wählt er das ihm wirksam erscheinende aus, ohne aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu verletzen ¹⁶.

¹⁴ Vgl. SR 282.11 und bei Walder/von Salis, S. 256 ff.

¹⁵ Nach Sträuli/Messmer, N 1 zu § 306 kommen jedoch auch die in § 223 Ziff. 2 ZPO vorgesehenen Mittel (z.B. Beschlagnahme) in Frage.

¹⁶ Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 306; Haubensak, S. 28 f.; Walder, S. 472.

Eine erste Möglichkeit besteht nach § 306 ZPO darin, dass dem Auflagebeschwerten eine Ordnungsbusse oder die Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinne von StGB Art. 292 angedroht wird, dies für den Fall, dass er sich weiterhin seinen Verpflichtungen widersetzen sollte. Zu diesem Mittel wird der Vollstreckungsrichter insbesondere greifen, wenn es sich um eine Verpflichtung zu einem persönlichen Tätigwerden oder um eine Unterlassungspflicht handelt; in beiden Fällen ist die Anwendung direkten Zwangs nicht denkbar. Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen stellen in solchen Fällen die einzigen Einwirkungsmöglichkeiten auf den Beschwerten dar. Der Bildhauer, der durch Auflage verpflichtet wurde, eine Büste der Witwe des Verstorbenen herzustellen, lässt sich vielleicht durch die Androhung, an den Strafrichter überwiesen zu werden, zur Erfüllung der Auflage bewegen. Oder der Erbe eines mit einem erblasserischen Veräusserungsverbot belegten Hauses gibt seine Verhandlungen mit einem Kaufsinteressenten auf, um nicht eine Bestrafung nach StGB Art. 292 zu riskieren. Sowohl Ordnungsbusse als auch Ungehorsamsstrafe werden aber nicht alle beeindrucken, die nicht zur Erfüllung bereit sind. Die Erzwingbarkeit von Handlungen, bei denen es auf die Person des Verpflichteten ankommt, oder von Unterlassungspflichten hat damit bereits ihre Grenzen erreicht. Nach erfolglosem Versuch, die Realerfüllung zu erlangen, kann der Kläger gemäss ZPO § 309 höchstens noch die Umwandlung in Schadenersatz anstreben. Dabei handelt es sich allerdings um einen zivilrechtlichen Anspruch, der aus OR Art. 97 abgeleitet werden muss und sich am Erfüllungsinteresse des Gläubigers misst¹⁷. Die kantonale Bestimmung¹⁸ erleichtert nur das Vorgehen in Fällen, in denen ein schon gerichtlich beurteilter Anspruch auf eine Handlung oder Unterlassung nach erfolgloser Zwangsvollstreckung in eine Verpflichtung zu einer Geldleistung umgewandelt werden soll. Es muss nun nicht mehr der ordent-

17 Vgl. v. Tuhr/Escher, S. 89; Haubensak, S. 41.

18 In unserem Fall ZPO § 309.

liche Prozessweg beschriftet werden; das kantonale Recht stellt das Befehlsverfahren zur Verfügung. Im Zusammenhang mit Auflagen ist ein solches Vorgehen nicht undenkbar, es ist nur unsicher, ob der Vollstreckungskläger überhaupt einen Schaden ausweisen kann¹⁹.

ZPO § 307 stellt zwei weitere Mittel zur Verfügung, welche bei gewissen Auflagen zur realen Erfüllung führen können. In Ziff. 1 ist von der Ersatzvornahme die Rede; eine Möglichkeit, die dann offensteht, wenn es bei der Erfüllung der Auflage nicht auf die Person des Verpflichteten ankommt. Weigert sich z.B. der Auflagebeschwerte, die ihm aufgetragene Vermögensverwaltung für den unmündigen Sohn des Erblassers zu übernehmen, so kann der Vollstreckungsrichter oder der Vollstreckungskläger nach Ermächtigung durch den Richter einen Dritten damit beauftragen; der Kläger kann die Aufgabe auch selbst übernehmen²⁰. Ohne dass die ZPO speziell darauf hinweist, hat der Auflagebeschwerte die Kosten der Angelegenheit zu tragen²¹. Ein Erbe, der nicht wie vom Erblasser angeordnet den Grabunterhalt besorgen will, muss die Kosten auf sich nehmen, die die Uebertragung dieser Verpflichtung an einen Dritten - z.B. an einen Gärtner - verursacht hat.

Die zweite in ZPO § 307 erwähnte Massnahme, die im Zusammenhang mit Auflagen hie und da zum Zug kommen könnte, ist die erzwungene Herausgabe von Sachen gemäss ZPO § 307 Ziff. 2. Man stelle sich vor, der Erblasser sei durch eine Auflage verpflichtet, ein Hodler-Bild aus dem Privatbesitz des Erblassers "der Kunstwelt zur Verfügung" zu stellen. Zur Zwangsvollstreckung wird der Richter vielleicht als erste Massnahme eine Ordnungsbusse androhen. Kommt er damit nicht

19 Hier sei auf die Ausführungen zur Frage des Schadenersatzes bei Nichterfüllung verwiesen, vorne § 23 A, S. 143 ff.

20 Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 307.

21 Vgl. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 307. Die Pflicht zur Kostentragung ergebe sich aus ZPO § 64 ff. bzw. aus OR Art. 98. Zum Verhältnis OR Art. 98 zu ZPO § 307 Ziff. 1 vgl. Haubensak, S. 31 f.

zum Ziel, so wird er jemanden beauftragen, das Bild beim Beschwer-ten abzuholen. In diesem Fall müsste meiner Ansicht nach dem säumi-gen Auflagebeschwerten noch Gelegenheit gegeben werden, zu bestim-men, wen er als eigentlichen Empfänger des Bildes bezeichnen will. Aeussert er sich nicht dazu, so wird der Vollstreckungsrichter die-se Auswahl gestützt auf ZPO § 307 Ziff. 1 dem Vollziehungsberechtig-ten überlassen ²². Auf ZPO § 307 Ziff. 2 kann sich der Vollstrek-kungsrichter auch stützen, wenn eine Sache nicht einem Dritten über-geben, sondern nach dem Willen des Erblassers vernichtet werden muss. Der Erbe schickt sich z.B. an, die ihm einen Gewinn verspre-chen den persönlichen Aufzeichnungen des Erblassers entgegen dessen Willen an einen Verlag zu verkaufen. Der Vollstreckungsrichter kann die betreffenden Unterlagen einziehen lassen.

Doch § 307 Ziff. 2 erlaubt nicht nur die zwangsweise Wegnahme von Sachen; als äusserstes Mittel kommt direkter Zwang gegen die Person des Pflichtigen in Frage ²³.

Besteht nun die Verpflichtung des Beklagten in der Abgabe einer Wil-lenserklärung, so kann der Vollstreckungsrichter gemäss ZPO § 308 einen richterlichen Entscheid an die Stelle der Parteierklärung setzen. Dies wäre z.B. in einem Fall denkbar, in dem ein Erblasser die gesetzlichen Erben verpflichtete, mit einem Dritten einen be-stimmten Teilungsvertrag über einen im Nachlass enthaltenen Anteil an einer noch ungeteilten Erbschaft abzuschliessen ²⁴. Weigern sich die Erben, diesen Vertrag freiwillig zu schliessen, so kann der Vollstreckungsrichter die Zustimmung der Beteiligten durch seinen Richterspruch ersetzen.

22 Vgl. vorne § 27, S. 167.

23 Haubensak, S. 30 betont, dass dies wirklich das letzte Mittel sein sollte, da dadurch die Persönlichkeitssphäre des Beklagten besonders stark betroffen wird.

24 Vgl. den in BGE 99 II 375 ff. behandelten Sachverhalt.

Damit wären die wichtigsten vom kantonalen Recht zur Verfügung gestellten Zwangsmassnahmen erwähnt. Wie bei der Vollstreckung nach SchKG kann auch hier nur derjenige etwas erreichen, welcher vorgängig selbst das Leistungsurteil erstritten hat ²⁵⁾ und nicht etwa jeder Vollziehungsberechtigte.

Mit den erwähnten Zwangsmassnahmen können wohl viele der Auflagen die nach kantonalem Recht zu vollstrecken sind, durchgesetzt werden, vorausgesetzt, dass nicht alle Vollziehungsberechtigten den beschwerlichen Weg scheuen, der bis zur Erzwingung der Auflageleistung zurückzulegen ist.

25 Vgl. vorne § 27, S. 166.

LEBENS LAUF

Am 22.6.1955 wurde ich in St. Gallen geboren, wo ich auch die öffentlichen Schulen bis zur Matura (Typus A) besuchte. Im Herbst 1974 nahm ich mein Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf und erwarb im Juli 1979 das Lizentiat. Das 5. Studiensemester verbrachte ich in Lausanne. Vom September 1979 bis März 1982 arbeitete ich als Assistentin bei Prof. Robert Hauser und verfasste daneben meine Dissertation. Am 26. Mai 1982 wurde ich zum Doktor promoviert.

